

Alma Mater Studiorum –Università di Bologna

**DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO TRIBUTARIO EUROPEO**

Ciclo XXXI

Settore Concorsuale: 12/D2

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/12

**L'EVOLUZIONE DELL'*ARM'S LENGTH*
PRINCIPLE
NELLA DIMENSIONE
INTERNAZIONALE E COMUNITARIA**

Presentata da

Mauro Faggion

Coordinatore Dottorato

Prof. Andrea Mondini

Supervisore

Prof. Andrea Mondini

*A Elena Sofia, mia figlia,
che si affaccia curiosa alla vita.
Non smettere mai di esserlo.*

SOMMARIO

INTRODUZIONE.....	5
-------------------	---

CAPITOLO I

L'ORIGINE DELL'ARM'S LENGTH PRINCIPLE	10
1. L'origine dei principi generali della tassazione internazionale.....	11
2. Le teorie economiche alla base della tassazione internazionale.	15
3. I lavori preliminari della Camera di Commercio Internazionale.	18
4. I lavori della Lega delle Nazioni.	20
5. Il Rapporto Carroll.	26
6. L'emersione dell' <i>arm's length principle</i> nel modello di Convenzione del 1933.	29
7. Il consolidamento dell' <i>arm's length principle</i> nel modello di Convenzione OCSE.....	31
8. Conclusioni preliminari.....	36

CAPITOLO II

SVILUPPO E APPLICAZIONE DELL'ARM'S LENGTH PRINCIPLE	40
1. Applicazione pratica dell' <i>arm's length principle</i>	41
2. L'approccio transazionale	42
3. L'analisi di comparabilità.	44
4. L'analisi funzionale.....	46
5. I metodi di determinazione dei prezzi di trasferimento.	49
6. L'analisi di benchmark.....	57
7. Un caso pratico: la remunerazione del distributore <i>low risk</i>	64
8. Conclusioni preliminari.....	72

CAPITOLO III

L'ARM'S LENGTH PRINCIPLE IN UN'ERA POST BEPS	76
1. Il progetto BEPS.	77
2. L'implementazione del progetto BEPS nel diritto dell'Unione Europea. 833	
3. Il nuovo approccio transazionale.	90
4. La "ricaratterizzazione" dei rischi.....	933
5. Il trattamento dei beni <i>intangibles</i>	96
6. La documentazione di transfer pricing e il <i>Country-by-Country Reporting</i>	1011

7. Conclusioni preliminari.....	1022
---------------------------------	------

CAPITOLO IV

L'ARM'S LENGTH PRINCIPLE E LE LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE NEL MERCATO INTERNO	105
1. L'arm's length principle nel diritto dell'Unione Europea.	106
2. La relazione tra la disciplina dei prezzi di trasferimento e le libertà di circolazione nel mercato interno.	110
3. I casi relativi al <i>transfer pricing</i> nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.....	115
4. La natura discriminatoria o restrittiva delle norme di <i>transfer pricing</i> . 123	
5. Le giustificazioni ammesse dalla Corte di Giustizia.	131
6. Il <i>proportionality test</i> applicato alle norme di <i>transfer pricing</i>	135
7. Conclusioni preliminari.....	141

CAPITOLO V

L'ARM'S LENGTH PRINCIPLE E IL DIVIETO DI AIUTI DI STATO	144
1. Quadro generale in materia di aiuti di stato	145
2. La nozione di aiuto di stato.	149
3. L'applicazione del divieto di aiuti di Stato nella materia fiscale.	153
4. La nuova frontiera degli aiuti di Stato: le indagini sui tax rulings....	156
5. L'arm's length principle come parametro di riferimento nella disciplina degli aiuti di Stato.	160
6. Analisi dei casi: le violazioni dell'arm's length principle riscontrate dalla Commissione Europea.	164
7. La sentenza sul Belgium excess profit	180
8. Conclusioni preliminari.....	182

CONCLUSIONI.....	185
-------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA.....	203
--------------------------	------------

RINGRAZIAMENTI.....	207
----------------------------	------------

INTRODUZIONE

La determinazione dei prezzi di trasferimento tra imprese appartenenti allo stesso gruppo multinazionale, o più comunemente il *transfer pricing*, rappresenta una delle problematiche più attuali della fiscalità internazionale.

Il principio fondante su cui poggia la disciplina del *transfer pricing* consiste nel c.d. *arm's length principle*.

Tale espressione, forgiata nel corso del XVII secolo nell'ambito della disciplina sportiva del tiro con l'arco¹, è utilizzata per indicare il “criterio guida” con cui devono essere “prezzate” le transazioni tra parti correlate e, in ultima istanza, con cui deve essere allocato il profitto tra gli Stati.

In particolare, secondo l'*arm's length principle*, le transazioni tra entità appartenenti allo stesso gruppo multinazionale devono avvenire alle stesse condizioni che, in circostanze comparabili, sarebbero avvenute tra soggetti terzi indipendenti in una negoziazione di mercato.

Recenti statistiche² hanno evidenziato che le transazioni intercompany rappresentano più del 60% del volume del commercio internazionale.

Nonostante questi numeri, la materia dei prezzi di trasferimento è stata per molto tempo ad appannaggio quasi esclusivo di una

¹ Cfr. “*holding the bow at arm's length*” sembra essere un'espressione utilizzata nella disciplina sportiva del tiro con l'arco, per indicare che l'arciere deve tendere l'arco alla giusta distanza fisica e con il giusto distacco emozionale. Vedi LANG, STORCK, PETRUZZI *Transfer Pricing in a post-BEPS world*, 2016 pag. 3

² OCSE, “*OECD insights debate the issues*”, reperibile al sito: (<http://oecdinsights.org/2012/3/2/price-fixing/>).

cerchia ristretta di specialisti composta da avvocati, economisti e contabili.

La crisi economica mondiale, alcune investigazioni giornalistiche³ e reports⁴ di varie NGOs hanno tuttavia acceso il dibattito sull'elusione fiscale internazionale e la sua correlazione con i prezzi di trasferimento.

Il *transfer pricing* è così salito alla ribalta delle cronache ed è stato portato all'attenzione dell'opinione pubblica spesso con accezioni negative.

Molti critici hanno osservato come la facile manipolazione dell'*arm's length principle* permetta alle multinazionali di convogliare i profitti verso giurisdizioni accondiscendenti sottraendoli, di fatto, alla tassazione delle giurisdizioni ove i profitti stessi sono generati. Tra queste giurisdizioni figurano non solo i paradisi fiscali comunemente intesi ma anche Paesi dell'Unione Europea⁵.

Spinti dall'indignazione dell'opinione pubblica, gli organismi internazionali hanno reagito in maniera veemente.

Il *transfer pricing* è stato uno dei temi principali dell'imponente progetto OCSE volto al contrasto dell'erosione delle basi imponibili e dell'elusione fiscale (meglio noto con l'acronimo di

³ Ci si riferisce per esempio alle investigazione note come Luxleaks, Panama Papers, Paradise Papers condotte da International Consortium of Investigative Journalists ICIJ <https://www.icij.org/investigations> (accesso 7 Aprile 2019).

⁴ Si veda per esempio il report "Battaglia fiscale" pubblicato da OXFAM il 12 dicembre 2016 <https://www.oxfamitalia.org/wp-content/uploads/2016/12/BP-Oxfam-Battaglia-fiscale-12-12-2016.pdf> (accesso 7 aprile 2019) o anche il report "Offshore Shell Games 2016" pubblicato da Citizens for Justice <https://www.ctj.org/offshore-shell-games-2016> (accesso 7 aprile 2019).

⁵ Si veda per esempio la risoluzione del Parlamento Europeo approvata il 26 marzo 2019 su "financial crimes, tax evasion and tax avoidance" (2018/2121(INI)).

BEPS, i.e. *Base Erosion and Profit Shifting*) che ha prodotto pagine e pagine di nuove linee guida nel tentativo di contrastare le pratiche abusive connesse alle manipolazioni dei prezzi di trasferimento.

Il lavoro delle azioni 8, 9 e 10 del progetto BEPS, concentrato in particolare sull'allocazione dei rischi e sulla *recharacterization* delle transazioni, ha portato a una sostanziale revisione delle linee guida OCSE. Nuove regole sono state sviluppate anche nei confronti dell'utilizzo degli *intangibles*, del *profit split method* e delle transazioni finanziarie.

La Commissione Europea ha fatto ricorso alla normativa sul divieto di aiuti di stato per sanzionare alcuni *rulings* aventi ad oggetto i prezzi di trasferimento concessi da alcuni Stati membri in maniera ritenuta troppo generose ad alcune multinazionali.

Entrambe le organizzazioni si sono prodigate per assicurare maggiore trasparenza fiscale attraverso lo scambio di informazioni nonché la *disclosure country by country* dei profitti.

Da più parti, però, sta nascendo il dubbio che la cura abbia ucciso il paziente.

La questione di fondo che agita la discussione sul transfer pricing è se l'*arm's length principle* sia ancora *fit for purpose*, ossia se costituisca ancora un principio adeguato per determinare l'allocazione dei profitti.

Da una parte, alcuni critici⁶ hanno posto in discussione il principio stesso argomentando in favore di approcci più semplificati se non addirittura basati su formule.

⁶ Tra i tanti si veda, J ROIN, *Can the income tax base be saved? The promised pitfalls of adopting unitary formulary apportionment*, in Tax Law Review n. 61

Dall'altra, come emerge chiaramente dai più recenti lavori BEPS, i governi nazionali sembrano arroccati a difesa del principio più per ragioni politiche e mancanza di consenso su possibili alternative che per considerazioni tecniche.

Il presente lavoro intende fornire una risposta a questa domanda.

A tale fine si ripercorrerà criticamente l'evoluzione dell'*arm's length principle* nel tentativo di valutare se lo stesso possa ancora funzionare nel contesto di un'economia globale.

In primo luogo, si cercherà di analizzare le maggiori problematiche applicative dell'*arm's length* nell'era pre-BEPS, e di approfondire i maggiori cambiamenti apportati dal progetto BEPS nel tentativo di valutare se questi ultimi risultino in grado di apportare soluzioni efficaci.

In secondo luogo, si esaminerà la relazione fra il principio e le libertà fondamentali stabilite dal trattato dell'Unione Europea attingendo sia alla giurisprudenza della Corte di Giustizia che alle decisioni della Commissione Europea in materia di aiuti di Stato.

Al fine di verificare se l'*arm's length* sia ancora un principio adeguato, si ritiene opportuno concentrare l'attenzione non tanto sulle singole disposizioni quanto sull'attitudine del principio a soddisfare le seguenti condizioni:

✓ facilità di applicazione sia per i contribuenti che per le amministrazioni fiscali;

2008; W. HELLERSTEIN, *Formulary apportionment in the EU and the USA: a comparative perspective*, in International Bureau of fiscal documentation, 2013; R. S. AVI-YONAH I. BENSHALOM, *Formulary Apportionment – Myths and Prospects* in World Tax Journal ottobre 2011; R. S. AVI-YONAH, *Between Formulary Apportionment and the OECD Guidelines: A Proposal for Reconciliation*, in World Tax Journal gennaio 2010; K. SADIQ, *Unitary Taxation – The Case for Global Formulary Apportionment*, in International Bureau of Fiscal Documentation, gennaio 2001

- ✓ non suscettibile di comportamenti abusivi e in grado di prevenire manipolazioni idonee a spostare basi imponibili;
- ✓ economicamente efficiente nel senso di non interferire nelle decisioni degli investimenti e nella loro localizzazione;
- ✓ giusto nel senso di garantire una ripartizione del reddito imponibile in linea con il valore creato e gli assets utilizzati.

CAPITOLO I

L'ORIGINE DELL'ARM'S LENGTH PRINCIPLE

“There is apparently no theoretically perfect rule for determining exactly how much of the income is attributable to each establishment any more than there is an accurate way for apportioning the compensation of an individual workman to his hands and his feet, and to his brain which has coordinated all his efforts.”

Mitchell B. Carroll⁷

Sommario: 1. L'origine dei principi generali della tassazione internazionale. – 2. Teorie economiche alla base della tassazione internazionale. – 3. I lavori preliminari della Camera di Commercio Internazionale. – 4. I lavori della Lega delle Nazioni. – 5. Il Rapporto Carroll. – 6. L'emersione dell'*arm's length principle* nel modello di Convenzione del 1933. – 7. Il consolidamento dell'*arm's length principle* nel modello di Convenzione OCSE. – 8. Conclusioni preliminari.

⁷ M. CARROLL, Taxation of foreign and national enterprises, Vol. IV Methods of allocation taxable income, pp. 178-83.

1. L'origine dei principi generali della tassazione internazionale.

L'evoluzione delle regole relative all'imposizione dei redditi prodotti su base internazionale, che formano il c.d. diritto tributario internazionale, è collegata al mutamento delle caratteristiche dell'economia e all'intensificarsi dei commerci internazionali.

Basti rammentare che mentre nel primo ventennio del Novecento prevalevano le esportazioni di materie prime, in seguito si assistette prevalentemente alle esportazioni di prodotti finiti, quantomeno sino agli anni Ottanta. Sul finire del Novecento, infatti, la globalizzazione, anche sulla scia dell'innovazione tecnologica, ha determinato una sorta di unificazione non solo dei mercati dei consumatori ma anche dei fattori produttivi.

L'intensificazione del commercio internazionale e delle attività transfrontaliere, verificatasi dopo la fine della Prima Guerra Mondiale, ha acuito in modo significativo il problema della ripartizione del reddito prodotto in due o più giurisdizioni e sollecitato la necessità di trovare soluzioni al problema della doppia tassazione, ad esso connesso.

La doppia tassazione è stata definita come “*The taxation of the same person or the same thing twice over*”⁸. Essa viene solitamente distinta in doppia tassazione economica o giuridica.

La prima forma di doppia tassazione si verifica quando lo stesso reddito è tassato due volte in capo a due diversi percettori. Per esempio, ciò avviene allorquando il profitto di una società è soggetto sia all'imposta sul reddito delle società, sia all'imposta sul

⁸ E. SELIGMAN, *Essays in Taxation*, Macmillan, 1895, p. 95.

reddito delle persone fisiche successivamente, quando percepito dall'azionista sotto forma di dividendo.

La doppia imposizione giuridica, invece, sorge quando lo stesso reddito percepito nello stesso periodo di imposta dallo stesso contribuente viene tassato da più di una giurisdizione. Si ponga, a titolo esemplificativo, il caso di un residente nel Paese A che effettua un investimento nel Paese B. Il rendimento di tale investimento potrebbe essere tassato una prima volta in base al principio della fonte dal Paese B e una seconda volta in base al principio della residenza dal Paese A.

A partire dal dopoguerra, stante l'incremento dei commerci transfrontalieri, la necessità di risolvere il problema della doppia tassazione giuridica e quello connesso della conflittualità tra giurisdizioni fiscali cominciò a manifestarsi⁹.

A ciò si aggiunga che i costi per la ricostruzione avevano generato un vigoroso aumento dell'imposizione per finanziare la spesa pubblica rendendo la doppia imposizione ancora più costosa per il business. A titolo esemplificativo, l'aliquota dell'imposta sul reddito in Inghilterra era passata dal 5,8% del periodo 1911-1912 al 52,5% nel periodo 1918-1919¹⁰.

Il grosso ostacolo all'evoluzione del diritto tributario internazionale, e in particolare, alla risoluzione del problema della doppia imposizione, per anni è consistito nella resistenza politica degli Stati Nazione che, considerando l'imposizione fiscale

⁹ S. JOGARAJAN, *Double taxation and the League of Nations*, Cambridge University Press, 2018, p. 7.

¹⁰ R. COLLIER - J. ANDRUS, *Transfer pricing and the arm's length principle after BEPS*, Oxford University Press, 2017 p. 9.

espressione della loro sovranità, si dimostravano reticenti a condividere i processi impositivi¹¹.

Fino alla conclusione della prima guerra mondiale, gli accordi internazionali in materia fiscale concernevano per lo più gli scambi di merci e avevano per oggetto la fissazione dei dazi doganali, spesso in funzione protezionistica.

Dopo la prima guerra mondiale, con l'intensificarsi dei rapporti economici fra le Nazioni, si appalesò la necessità di coordinare anche l'imposizione diretta al fine di evitare il rallentamento dello sviluppo delle economie nonché le distorsioni nelle attività economiche transnazionali.

E' in questo contesto che nacquero le prime organizzazioni internazionali che iniziarono ad affrontare il problema della doppia imposizione in modo sistematico.

In particolare, a seguito del congresso di Parigi del 1914, venne istituita l'*International Chamber of Commerce* o Camera di Commercio Internazionale, un'organizzazione non politica rappresentativa degli interessi del business con lo scopo di facilitare il commercio internazionale e affrontare le questioni ad esso connesse, nonché di promuovere la pace e le relazioni tra gli Stati.

La Camera di Commercio Internazionale si è occupata fin da subito del problema della doppia imposizione: in una delle prime brochure divulgate, essa ha stabilito che “*la causa del problema non è difficile da individuare. Essa sorge perché ciascun Stato*

¹¹ V. UCKMAR, *Diritto Tributario Internazionali*, Cedam, 2005, p. 3.

crea le proprie regole fiscali a proprio piacimento senza chiedersi se tali regole corrispondono con quelle presenti in altri Stati”¹².

Nel 1920, venne istituita anche la Lega delle Nazioni, un’organizzazione intergovernativa con il fine di promuovere la cooperazione internazionale e la risoluzione delle controversie internazionali¹³. Al suo interno, il comitato fiscale si è occupato, per la prima volta in modo articolato, della problematica della ripartizione del reddito tra Stati.

I problemi connessi alle attività economiche transfrontaliere da risolvere erano essenzialmente due: la ripartizione tra gli Stati dei diritti di tassazione (chi deve tassare) e la ripartizione del reddito da tassare (quanto reddito tassare).

La questione fondamentale sottesa era rappresentata dalla relazione esistente tra il concetto di pretesa impositiva e quello di potestà impositiva¹⁴.

La pretesa impositiva può essere definita come la volontà di uno Stato di tassare una determinata fattispecie mentre la potestà impositiva è collegata ad un potere giuridico espresso da una legge, espressione della sovranità del singolo Stato.

L’esercizio della potestà impositiva può comportare la nascita di un conflitto tra due o più Stati quando questi rivendichino il diritto

¹² CAMERA DI COMMERCIO INTERNAZIONALE, *Brochure* 25 p. 8. Il lavoro iniziale della Camera di Commercio Internazionale veniva diffuso attraverso una serie di brochures tematiche che analizzavano individualmente i problemi del commercio internazionale.

¹³ Per un approfondimento delle funzioni della Lega delle Nazioni, si rinvia a P. CLAVIN, *Securing the world economy: the reinvention of the League of Nations 1920-1946*, Oxford University Press, 2013.

¹⁴ Cfr. C. GAMBARINO, *Manuale di Tassazione Internazionale*, Milano, 2008, p. 9.

di tassazione sullo stesso reddito, generando il rischio di una doppia tassazione giuridica.

2. Le teorie economiche alle base della tassazione internazionale.

Le prime discussioni sulle modalità di riparto del potere impositivo tra giurisdizioni risalgono al Medioevo¹⁵ ma è solo con l'espansione del commercio internazionale sul finire dell'Ottocento che si è sviluppata una vera e propria dottrina¹⁶.

L'approccio iniziale alla problematica era fondato sulla c.d. *political allegiance*. Secondo tale dottrina, il *nexus*¹⁷ necessario e sufficiente per attribuire il diritto a tassare è da riscontrarsi nella cittadinanza. Il diritto dello Stato a tassare il reddito del cittadino trova la sua giustificazione nel fatto che la cittadinanza conferisce diritti e doveri all'individuo.

La dottrina della *political allegiance* si è dimostrata inadeguata in relazione all'incremento dei fenomeni migratori. Oggigiorno, solo Eritrea e Stati Uniti continuano ad applicare il criterio della cittadinanza per tassare anche i non residenti su base mondiale.

In seguito, il diritto di tassare di uno Stato è stato giustificato in base alla teoria dello scambio (*equivalence or exchange theory*) espressa in due forme: la teoria dei costi e la teoria dei benefici.

¹⁵ E. SELIGMAN, *Double Taxation and International Fiscal Cooperation* New – York, 1928.

¹⁶ K. VOGEL, *Worldwide vs. Source Taxation of Income A-review and Re-evaluation of Arguments in Intertax*, 1988.

¹⁷ Il c.d. *nexus* rappresenta il criterio di collegamento, la quantità minima di attività che deve essere presente in uno Stato per determinarne la tassazione.

Secondo la teoria dei costi, la tassazione rappresenta il costo dei servizi erogati dallo Stato mentre, secondo la teoria dei benefici, le tasse sono dovute in ragione dei benefici conferiti dagli Stati agli individui. In sostanza, la teoria dello scambio postula che un contribuente debba pagare le tasse equivalenti ai costi che egli causa allo Stato oppure ai benefici che gli derivano dall'utilizzo delle infrastrutture messe a disposizione dallo Stato.

Un'altra teoria invocata per spiegare la potestà impositiva è la teoria dell'*ability to pay* o *faculty theory* in base alla quale il possesso della capacità contributiva è condizione necessaria e sufficiente per giustificare l'imposizione del contribuente.

Tale teoria risale ad Adam Smith il quale affermava che “[i] soggetti di ogni stato dovrebbero contribuire al sostegno del governo in proporzione alle loro rispettive capacità; cioè, in proporzione alle entrate di cui godono sotto la protezione dello stato”¹⁸. L'odierna formulazione, invece, è ricondotta a John Stuart Mill, secondo il quale non solo non è possibile determinare l'utilizzo dei beni pubblici di ciascun contribuente (come asserito dalla teoria dello scambio) ma è anche necessario tenere in considerazione il principio di equità e di redistribuzione della ricchezza.¹⁹

I paesi importatori di capitali tendono ad enfatizzare la rilevanza della teoria dello scambio per giustificare il diritto di tassazione dello Stato alla fonte mentre i paesi esportatori di capitale si avvalgono della teoria della capacità contributiva per argomentare

¹⁸ A. SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, p. 177.

¹⁹ N. KAUFMAN, *Fairness and the Taxation of International Income*, 1998.

in favore di sistemi di tassazione che valorizzano la residenza come criterio di collegamento.

Un'altra teoria che viene invocata per supportare sia le ragioni della tassazione nello Stato di residenza che quelle nello dello Stato alla fonte è quella della *economic allegiance*²⁰ secondo cui la tassazione è giustificata dagli interessi economici veri dell'individuo all'interno del territorio dello Stato.

La connessione economica (*economic allegiance*) di un individuo nei confronti di uno Stato può derivare sia dal mero utilizzo dei servizi pubblici offerti dal medesimo sia dall'attività economica svolta nel territorio dello stesso.

Se l'*economic allegiance* è basata sul consumo di servizi, la residenza deve considerarsi il criterio di collegamento più adatto.

Qualora, invece, l'*economic allegiance* derivi dall'attività economica svolta nel territorio di uno Stato da un soggetto residente in un altro Stato, allora tale soggetto presenta l'*economic allegiance* con entrambi gli Stati che, per l'effetto, devono dividersi il profitto da tassare. La tassazione del non residente dovrebbe essere commisurata all'effettivo beneficio che questo consegue dai servizi pubblici erogati. Per di più, il diritto primario di tassare matura nello Stato dove il reddito è prodotto. Come verrà approfondito in seguito, la teoria dell'*economic allegiance* è stata utilizzata dalla Lega delle Nazioni nell'elaborazione del primo modello di convenzione sia per giustificare l'indicazione dello Stato avente il diritto di tassare (*allocation of taxing rights*) sia per determinare il quantum da tassare (*allocation of profits*).

²⁰ K. VOGEL, *Worldwide vs Source Taxation of Income: A Review and Re-evaluation of Arguments*, Part I, 1988.

3. I lavori preliminari della Camera di Commercio Internazionale.

Sebbene la Lega delle nazioni e la Camera di Commercio Internazionale siano state istituite contemporaneamente, è stata la Camera di Commercio ad assumere per prima l'iniziativa di affrontare il problema della doppia imposizione.

La questione della doppia imposizione venne accennata in occasione del congresso di Parigi del 1920, dove venne deciso di istituire un apposito comitato incaricato di studiare la problematica.

Il Comitato elaborò il report “*double taxation*”²¹ che venne discusso nel corso del congresso di Londra del 1921. Il report riguardava le questioni generali della doppia imposizione e sottolineava come questa costituisse un limite per la crescita degli scambi internazionali, invitando così le giurisdizioni ad intervenire per risolvere il problema con soluzioni condivise. Con riguardo alla diatriba sulla ripartizione dei diritti di imposizione (*taxing rights*) tra Stato di residenza e Stato della fonte, il report prendeva posizione evidenziando la necessità di riconoscere allo stato allo fonte un certo livello di tassazione.

Dando seguito a tale impostazione, in occasione del congresso di Parigi del 1922, il Comitato sulla doppia imposizione della Camera di Commercio Internazionale adottò delle linee guida che prevedevano che lo stato della residenza esentasse i redditi non prodotti nel proprio territorio.

Le linee guida, inoltre, contenevano delle prime indicazioni su possibili criteri con cui attribuire il diritto di tassazione ad una

²¹ CAMERA DI COMMERCIO INTERNAZIONALE, *Brochure 11 “Double taxation”*, 1921.

determinata giurisdizione sulla base di una classificazione delle diverse tipologie di reddito. In occasione del congresso di Roma del 1923, la Camera di Commercio internazionale presentò un nuovo report in cui si sottolineava nuovamente la necessità di risolvere il problema della doppia imposizione e si affermava che le difficoltà sarebbe state in gran parte superate se fosse stato riconosciuto il principio che lo stesso reddito deve essere tassato una sola volta.

In base al report, per l'implementazione di tale principio non solo era necessario che lo Stato della residenza concedesse la deduzione/esenzione delle imposte pagate nello Stato alla fonte ma soprattutto occorreva stabilire regole comuni sulle modalità di quantificazione del reddito nello Stato alla fonte.

A tal fine, il report individuava dei principi da utilizzare nella ripartizione del reddito tra le giurisdizioni. In particolare, i redditi derivanti da attività di qualsiasi natura dovevano essere considerati prodotti nel Paese in cui era svolta l'attività economica; se l'attività economica era esercitata in più di un paese e risultava impossibile quantificare il profitto prodotto in ciascuna giurisdizione, questo doveva essere determinato in proporzione a parametri concordati, quali il fatturato generato in ciascuna giurisdizione.

Vale la pena notare che, per quanto il dibattito fosse ancora in fase embrionale, la proposta modalità di allocazione del profitto avanzata dalla Camera di Commercio Internazionale fosse molto simile al c.d. *formulaic approach*, che è basato su formule di ripartizione predeterminate.

Il report auspicava che i lavori sulla ripartizione dei profitti proseguissero per mano della Lega delle Nazioni che nel frattempo aveva cominciato ad operare, e nel contempo suggeriva che gli

approcci suggeriti fossero recepiti nelle legislazioni nazionali dei Paesi aderenti o, in alternativa, implementati per mezzo di accordi bilaterali tra gli Stati.

4. I lavori della Lega delle Nazioni.

Il problema della doppia tassazione ha rappresentato una delle aree di lavoro della Lega delle Nazioni fin dalla sua costituzione.

Nel 1921, il Comitato fiscale della Lega delle Nazioni incaricò quattro importanti economisti²² dell'epoca di effettuare uno studio al fine di individuarne le cause e le conseguenze economiche e proporre possibili rimedi da introdurre nelle legislazioni nazionali o, se del caso, in trattati internazionali.

Lo studio dei quattro economisti, consegnato nell'aprile del 1923²³, affrontava la questione della doppia tassazione da un punto di vista teorico e sosteneva che essa era estremamente dannosa per lo sviluppo dell'economia.

Muovendo dalla premessa che l'*economic allegiance* dovrebbe essere la base per l'appropriata attribuzione dei *taxing rights*, lo studio giungeva alla conclusione che nella ripartizione dei diritti di tassazione è necessario valorizzare tanto l'origine della ricchezza (a favore dello Stato della fonte ove questa è prodotta) quanto il luogo in cui risiede il suo titolare (a favore dello Stato di residenza).

²² I quattro economisti nominati erano il prof. Bruins dell'Università di Rotterdam, il senatore prof. Einaudi dell'Università di Torino, il prof. E. R. A. Seligman della Columbia University e il prof. Josiah Timbro dell'Università di Londra.

²³ LEGA DELLE NAZIONI, *Report on double taxation to the financial committee – economic and financial commission report by experts on double taxation*, Document E.F.S.73. F19, Ginevra, 5 Aprile 1923 (Economist Report).

Lo studio suggeriva una ripartizione dei diritti di tassazione tra Stato della fonte e Stato di residenza differenziata in base alle diverse tipologie di ricchezza. A titolo esemplificativo, i terreni venivano indicati come una categoria di ricchezza in cui l'ubicazione nello Stato della fonte è l'elemento preponderante, mentre i titoli azionari vengono segnalati come una forma di ricchezza collegata con lo Stato di residenza del possessore.

Lo studio, inoltre, riconosceva l'esistenza di situazioni intermedie in cui il collegamento della ricchezza con lo Stato della fonte piuttosto che con quello di residenza risulta arbitrario²⁴.

Lo studio elencava quattro possibili metodi per evitare la doppia tassazione: (i) una riduzione dell'imposta nello Stato di residenza per le imposte pagate nello Stato della fonte; (ii) nessuna tassazione nello Stato della fonte; (iii) una ripartizione dei diritti di imposizione tra Stato della fonte e Stato di residenza; e (iv) potere impositivo esclusivo dello Stato della fonte per specifiche categorie di reddito.

Lo studio indicava una preferenza per la soluzione (ii) che escludeva la tassazione nello Stato della fonte, stante la sua attitudine a garantire l'applicazione del principio della capacità contributiva. Tuttavia, lo stesso studio riconosceva che tale soluzione poteva trovare l'opposizione di molti Stati che non intendevano rinunciare alla tassazione nello stato di residenza.

Il report, infine, comprendeva un addendum che elencava i possibili criteri di ripartizione del profitto (vendite, capitale, salari) da applicare nei casi in cui parti diverse della stessa attività di

²⁴ *Ibidem*, p. 39: “to allocate the exact proportion of economic allegiance to origin or domicile in each particular category is well-nigh impossible. Such an attempt would savour too much of the arbitrary”.

impresa fossero condotte in Paesi diversi, come quello in cui la produzione era svolta in un territorio e le vendite venivano effettuate in un altro. L'addendum, tuttavia, non indicava nessuna soluzione preferibile ma si limitava a suggerire di analizzare le esperienze applicative rilevanti per sviluppare future linee guida.

Prima che i quattro economisti terminassero il loro lavoro, la Lega delle Nazioni istituì un comitato speciale composto da rappresentanti di governo allo scopo di valutare azioni comuni per fronteggiare il problema della doppia imposizione e dell'evasione fiscale²⁵.

Il comitato si riunì cinque volte tra il 1923 e il 1925 e, pur riconoscendo espressamente il lavoro della Camera di Commercio Internazionale e il lavoro degli economisti incaricati dalla Lega delle Nazioni, produsse un report parallelo che voleva essere una valutazione *“da un punto di vista amministrativo su possibili pratiche vie percorribili per risolvere il problema della doppia tassazione”*²⁶.

L'approccio degli esperti tecnici risulta, quindi, molto più pragmatico di quello degli economisti e fondato sull'analisi del funzionamento dei differenti sistemi fiscali.

I tecnici partivano dalla considerazione che la tassazione nel paese di origine era ormai un sistema diffuso e a cui difficilmente gli Stati avrebbero rinunciato. L'imposizione alla fonte assumeva tipicamente la forma di un'imposta reale (*impost réels*) su alcune tipologie di reddito, come ad esempio i redditi dei beni immobili. Essa, infatti, veniva applicata indipendentemente dalle

²⁵ Vedi il Documento F.212 p. 1 incluso nel Report della Lega delle Nazioni citato in nota 15 (Technical Report).

²⁶ *Ibidem*, p. 2.

caratteristiche del percettore. Tali imposte erano distinte e in contrasto con le imposte sul reddito delle persone fisiche, applicate spesso per scaglioni sul reddito aggregato totale del contribuente. Il report degli esperti tecnici riconosceva e valorizzava la differenza tra imposizione personale e impersonale e, a differenza degli economisti che si erano espressi in favore della tassazione esclusiva nello stato di residenza, riconosceva come appropriata la tassazione alla fonte sia pur limitata ai casi di imposizione impersonale²⁷.

Il reddito derivante dall'esercizio delle attività commerciali o industriali veniva ricompreso tra le categorie soggette ad imposizione impersonale su cui veniva riconosciuto il diritto di tassazione dello Stato della fonte²⁸. Inoltre, veniva chiarito che nel caso in cui l'attività commerciale o industriale fosse svolta in più giurisdizioni si imponeva la necessità di suddividere il profitto tra tali giurisdizioni.

Quanto ai metodi con cui operare tale suddivisione, il Report richiama i criteri indicati nell'addendum dello studio degli economisti sopra menzionato e suggeriva di far riferimento alle disposizioni contenute nei trattati fiscali già in vigore. Tra questi veniva esplicitamente menzionato il Trattato sottoscritto nel marzo 1924 tra la Polonia e Danzica il quale prevedeva, nel caso di imprese operanti nel settore ferroviario, che la suddivisione del profitto avvenisse sulla base della lunghezza dei chilometri percorsi da ciascuna impresa²⁹.

²⁷ *Ibidem*, p. 14-15.

²⁸ *Ibidem*, p. 31.

²⁹ *Ibidem*, p. 16.

Ancora una volta, quindi, come per i lavori preliminari della Camera di Commercio Internazionale, l'impostazione iniziale della suddivisione dei profitti sembrava essere basata su un *formulaic approach* ossia su formule predeterminate ancorate su valori oggettivi (ad esempio, i chilometri ferroviari percorsi).

Con riferimento alle imposte personali (ossia le imposte sul reddito), il report esprimeva una preferenza per un diritto di imposizione in favore dello Stato di residenza, senza tuttavia escludere in modo assoluto che anche lo Stato della fonte potesse esercitare la propria potestà impositiva sullo stesso reddito. In tal caso, la rimozione della doppia imposizione era rimessa alla volontà dei singoli stati ma il Report suggeriva due metodi.

Il primo metodo prevedeva che lo Stato della residenza considerasse quanto già pagato dal contribuente a titolo di imposta nello Stato allo Fonte. Tale riconoscimento poteva avvenire mediante il meccanismo dell'esenzione o del credito di imposta.

Il secondo metodo prevedeva che il profitto fosse diviso tra lo Stato della fonte e quello di residenza attribuendo a ciascuno un diritto di tassazione proporzionato.

Sulla base del report prodotto dagli esperti tecnici, tra il 1926 e il 1927 la Lega delle Nazioni produsse la prima bozza di modello di convenzione fiscale che si articolava in quattro parti (i) disposizioni contro la doppia imposizione nelle imposte personali e impersonali; (ii) disposizioni contro la doppia imposizione nelle imposte di successione; (iii) disposizioni sull'assistenza amministrativa tra le autorità fiscali; e (iv) disposizioni sull'assistenza amministrativa in materia di riscossione delle imposte.

Per quanto riguarda le imposte impersonali, il modello di convenzione, seguendo le raccomandazioni della Report del 1925, attribuiva allo Stato della fonte il diritto di tassazione su determinate categorie di reddito. In particolare, l'art. 5 prevedeva che

“Il reddito derivante da qualsiasi impresa industriale, commerciale o agricola e da qualsiasi altra professione è imponibile nello Stato in cui le persone che controllano l'impresa o esercitano l'attività professionale possiedono stabili organizzazioni”.

Nel commentario che accompagnava il modello, veniva specificato che il concetto di stabile organizzazione ricomprendeva le società affiliate, le succursali, le fabbriche, le agenzie, i depositi e gli uffici. Le “società affiliate” erano perciò assoggettate allo stesso trattamento fiscale delle stabili organizzazioni.

L'art. 10 del modello conteneva una disposizione embrionale sull'attribuzione del reddito prevedendo che

“Se l'impresa dispone di stabili organizzazioni in entrambi gli Stati contraenti, ciascuno dei due Stati deve tassare la porzione di reddito prodotto sul suo territorio”. Tale articolo continuava disponendo che “In mancanza di una contabilità che riporti tali entrate separatamente e in forma adeguata, le amministrazioni competenti dei due Stati contraenti concordano le regole di ripartizione del profitto”³⁰.

Nel corso del meeting di Ginevra del 1928 il modello di convenzione fu considerato una valida base di discussione per

³⁰ Il commentario precisava ulteriormente che *“Tali regole variano a seconda degli Stati contraenti. In alcuni Stati si tiene conto della quantità di capitale impiegato, del numero dei lavoratori, dei salari, delle entrate, ecc. Parimenti, nei casi in cui i prodotti delle fabbriche sono venduti all'estero, viene spesso operata una distinzione tra gli utili di “produzione” da quelli di “commercializzazione”, quest'ultimi risultanti dalla differenza tra il prezzo di mercato domestico e il prezzo di vendita all'estero, diminuito del costo del trasporto. Questi criteri devono intendersi mere indicazioni.”*

futuri accordi bilaterali, senza tuttavia che si raggiungesse l'accordo in merito ad una possibile ratifica multilaterale.

Inoltre, importanti modifiche furono apportate al testo del modello di convenzione. In particolare, a causa della mancanza di consenso, dalla definizione di stabile organizzazione fu espunto il riferimento alle società affiliate.

5. Il Rapporto Carroll.

La Lega delle Nazioni intensificò i lavori sul finire del 1930 quando i tempi erano oramai maturi per cercare di sviluppare regole sulla suddivisione del profitto più coerenti e in grado di integrare il modello del 1928.

In particolare, era necessario affrontare il problema dell'attribuzione del profitto delle società affiliate che erano state nel frattempo espunte³¹ dalla definizione di stabile organizzazione e dalle conseguenti regole di trattamento.

Nel 1930, la Lega delle Nazioni incaricò Mitchell B. Carroll, un avvocato americano, di studiare la problematica dell'allocazione del profitto in modo approfondito e di effettuare una ricerca comparativa sui metodi di allocazione utilizzati dai vari Paesi.

Carroll portò avanti il proprio lavoro in due fasi.

In una prima fase, Carroll si preoccupò di analizzare le legislazioni e le pratiche amministrative connesse alla suddivisione e alla

³¹ Il congresso della Camera di Commercio del 1929 aveva concluso nel senso che il fatto che un'impresa svolga attività economica in un Paese diverso da quello di origine attraverso una società locale di cui possiede in tutto o in parte le quote non implica che l'impresa abbia una stabile organizzazione in quel Paese.

quantificazione del profitto in Francia, Germania, Regno Unito, Spagna e Stati Uniti.

Questa prima fase del lavoro, completata nel 1931, è pubblicata nel primo dei cinque volumi che costituiscono lo studio di Carroll dal titolo “*Taxation of foreign and national enterprises*”³².

In una seconda fase, Carroll estese l’analisi ad ulteriori giurisdizioni fino ad arrivare a coprirne trentacinque, ventisette delle quali visitate personalmente. Questa ulteriore analisi è contenuta nel secondo e terzo volume del Rapporto Carroll.

Il quarto volume riporta le conclusioni di Carroll mentre il quinto è dedicato all’analisi dei diversi metodi contabili individuati.

Il lavoro di Carroll si concentrò principalmente sulla problematica relativa all’attribuzione del profitto della stabile organizzazione giacché era maggiormente sentita rispetto a quella delle società affiliate, il cui utilizzo non era ancora particolarmente diffuso in quell’epoca.

Carroll, inoltre, sottolineò come la problematica sulla ripartizione del reddito tra giurisdizioni non potesse prescindere dalla risoluzione del conflitto tra Stato della fonte e Stato della residenza e da una chiara regola di ripartizione dei diritti di tassazione.

Per quanto attiene alla questione della ripartizione del profitto, dalle conclusioni del report di Carroll si evince che le uniche legislazioni che all’epoca risultavano avere disposizioni specificamente dedicate alla ripartizione dei profitti erano quelle vigenti in Spagna, Austria, Wisconsin, New York e Massachusetts, le quali risultavano adottare un *formulary apportionment*.

³² M.B. CARROLL, *Taxation of Foreign and National Enterprises* (CARROLL REPORT), League of Nations Document No. C. 425. M. 217(b). IIA, 30 September 1933.

Nel resto dei Paesi oggetto di analisi, la ripartizione dei profitti dipendeva unicamente da prassi puramente amministrative che utilizzavano tre metodi diversi per attribuire gli utili alla stabile organizzazione.

Alcune amministrazioni adottavano il c.d. *separate accounting approach* che presupponeva che la stabile organizzazione fosse considerata un'entità separata dalla casa madre con conseguente obbligo di redigere un proprio bilancio. Tale prassi amministrativa aveva sviluppato una tecnica di controllo sulla veridicità delle rappresentazioni che implicava il confronto tra i prezzi applicati nelle transazioni *intercompany* e quelli praticati in situazioni simili tra parti indipendenti³³.

Quando non era possibile comparare i prezzi, Carroll notò che molte amministrazioni ricorrevano a metodi empirici, comparando il margine di profitto della stabile organizzazione in verifica con il margine di profitto conseguito dalle altre stabili organizzazioni della casa madre o con quello di imprese indipendenti impegnate in attività simili³⁴.

Infine, Carroll constatò che in alcuni Paesi la ripartizione frazionata era il principale e, in alcuni casi, unico metodo di allocazione del profitto. Tale ripartizione avveniva sulla base di *formulaic approaches* che tenevano in considerazione alcuni fattori quali, ad esempio, il fatturato, il numero di dipendenti o i margini fissi³⁵. Tra i Paesi che ricorrevano per via amministrativa alla ripartizione frazionata del profitto erano menzionati Francia, Svizzera, Austria, Ungheria, Cecoslovacchia.

³³ CARROLL Report, p. 120.

³⁴ *Ibidem*, p. 121.

³⁵ *Ibidem*, p. 122.

Sebbene, come osservato da qualche autore³⁶, nell'analisi di Carroll non vi fosse evidenza che il metodo del *separate accounting* fosse stato all'epoca adottato a livello legislativo da alcun Paese, ma semmai fosse utilizzato da alcuni come prassi amministrativa, nelle sue conclusioni Carroll affermava che il metodo del *separate accounting* risultava essere il metodo maggiormente utilizzato³⁷.

A corollario di tale constatazione, Carroll suggeriva che le stabili organizzazioni fossero trattate per quanto possibile come entità indipendenti³⁸.

Secondo Carroll, lo stesso principio doveva essere impiegato non solo nei confronti delle stabili organizzazioni ma anche delle società affiliate in quanto l'unica differenza tra le transazioni tra due società affiliate e le transazioni tra la casa madre e la sua stabile organizzazione è che le prime sono transazioni tra due parti legalmente distinte³⁹.

Tali conclusioni determinarono, di fatto, la nascita di quello che verrà definito *l'arm's length principle*.

6. L'emersione dell'*arm's length principle* nel modello di Convenzione del 1933.

Le conclusioni di Carroll furono avvallate e rapidamente implementate dalla Lega delle Nazioni. Nel 1933 venne approvato

³⁶ S. LANGBEIN, *The Unitary Method and the Myth of Arm's Length*, 1986, Tax Notes.

³⁷ CARROLL Report, p. 296: "A predilection for the method of *separate accounting* is evinced by the great majority of countries".

³⁸ *Ibidem*, p. 188.

³⁹ *Ibidem*, p. 176-177.

un modello di Convenzione interamente dedicato alle regole di allocazione del profitto per le imprese commerciali e industriali che, nelle intenzioni, dovevano integrare le disposizioni contenute nel precedente modello del 1928.

La Lega delle Nazioni indicava *l'arm's length principle* come metodo appropriato per allocare il profitto sia nell'art. 3 concernente l'attribuzione degli utili alla stabile organizzazione, sia nell'art. 5 che riguardava l'attribuzione degli utili alle società affiliate.

In particolare, l'art. 3 disponeva che allo stabile organizzazione doveva essere imputato il reddito netto che avrebbe ottenuto un'impresa indipendente che svolgeva le stesse o simili attività e che versava nelle stesse condizioni⁴⁰.

L'enfasi posta sul confronto con l'impresa indipendente non era limitata alla stabile organizzazione ma, come detto, era estesa anche alle società affiliate dall'art. 5. Tale disposizione riguardava i casi in cui un'impresa di uno Stato contraente detiene la partecipazione dominante nell'amministrazione o nel capitale di un'altra impresa sita in un altro Stato oppure quelli in cui due imprese site in Stati diversi sono possedute o controllate dagli stessi interessi cosicché nelle loro relazioni commerciali o finanziarie sono applicate condizioni diverse da quelle che sarebbero pattuite da imprese fra loro indipendenti⁴¹.

⁴⁰ Cfr.: “*If an enterprise with its fiscal domicile in one contracting State has permanent establishments in other contracting States, there shall be attributed to each permanent establishment the net business income which might be expected to derive if it were an independent enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions*”.

⁴¹ Cfr.: “*When an enterprise of one contracting State has a dominant participation in the management or capital of an enterprise of another contracting State, or when both enterprises are owned or controlled by the*

Il commentario specificava la ratio dell'art. 5 laddove affermava che:

“Article 5 deals with subsidiaries which will be taxed as independent enterprises provided no profits or losses are transferred as a result of the relations between the affiliated companies. If such transfers are effected, the administration will make the necessary adjustment in the balance-sheets”.

Le regole di allocazione del profitto contenute nella bozza di convenzione del 1933 furono in seguito replicate senza rilevanti modifiche nel modello di convenzione siglato in Messico nel 1943 e in quello siglato a Londra nel 1946.

Tali modelli di convenzione confermavano la preferenza per l'approccio per entità separate ma ammettevano che esso potesse venire integrato da metodi formulaci, qualora fossero in grado di produrre risultati analoghi all'approccio per entità separate, e riconoscevano agli Stati contraenti la possibilità di concordare un metodo diverso per prevenire la doppia imposizione.

7. Il consolidamento dell'*arm's length principle* nel modello di Convenzione OCSE.

Dopo la seconda guerra mondiale, la Lega delle Nazioni venne sostituita dalla Nazioni Unite, al cui interno venne costituito una Comitato Fiscale che venne presto dismesso (1954).

same interests, and as result, of such situation there exists, in their commercial or financial relations, conditions different from those which would have been made between independent enterprise, any item of profit or loss which should normally have appeared in the accounts of one enterprise, but which has been, in this manner, diverted to other enterprise, shall be entered in the accounts of such former enterprise, subject to the rights of appeal allowed under the law of the State of such enterprise”.

La leadership del coordinamento delle problematiche di fiscalità internazionale passò, dunque, alla neonata Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE).

Nel 1963, l'OCSE elaborò un modello di Convenzione contro le doppie imposizioni all'interno del quale il *separate entity approach*, frattanto comunemente denominato *arm's length principle*, veniva proposto come unico metodo di allocazione del profitto.

L'art. 9 del nuovo modello di convenzione conteneva una previsione sostanzialmente analoga a quella contenuta nell'articolo 5 del precedente modello di convenzione delle Società delle Nazioni. Esso trovava applicazione quando un'impresa di uno Stato partecipa direttamente o indirettamente nell'amministrazione, nel controllo o nel capitale di un'impresa di un altro Stato o entrambe sono partecipate direttamente o indirettamente dalle stesse persone e nei loro rapporti reciproci sono applicate o imposte condizioni difformi da quelle che sarebbero state applicate da imprese indipendenti⁴².

Anche in questo caso, l'articolo era accompagnato da un commentario in cui veniva ribadito che le autorità fiscali potevano modificare il profitto contabile qualora questo, in conseguenza della speciale relazione intercorrente tra le società, non risultasse

⁴² Cfr.: "Where a) an enterprise of a Contracting State participates directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of the Contracting State, or b) the same persons participate directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of a contracting state and an enterprise of the other Contracting State, and in either case conditions are made or imposed between the two enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly."

essere il reale profitto tassabile prodotto in una determinata giurisdizione.

Analogamente, il principio di attribuzione del profitto in caso di stabile organizzazione veniva ripreso dall'art. 3 del precedente modello e trasfuso nell'art. 7⁴³.

L'attribuzione dei profitti fu anche uno dei principali argomenti di discussione del modello di convenzione OCSE del 1977.

In questo nuovo modello il testo dell'art. 9 fu ripreso interamente con l'aggiunta di un nuovo paragrafo che sottolineava la necessità di effettuare i c.d. *corresponding adjustments* al fine di evitare la doppia tassazione. Tali aggiustamenti, infatti, si rendono necessari per evitare la doppia imposizione quando uno Stato rettifica in aumento (*primary adjustment*) il profitto di una transazione *cross-border*. Se a tale aggiustamento in aumento non fa seguito un corrispondente aumento in diminuzione (*corresponding adjustment*) nell'altro Stato, la stessa parte di profitto viene tassata due volte determinando di fatto una doppia imposizione.

Il commentario del paragrafo 2 dell'art. 9 specificava, però, che il *corresponding adjustment* non operava in maniera automatica ma presupponeva necessariamente che lo Stato contraente considerasse fondato il *primary adjustment* operato nell'altro Stato sia dal punto di vista della pretesa che della quantificazione⁴⁴.

⁴³ Cfr.: “Where an enterprise of a Contracting State carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein, there shall in each Contracting State be attributed to that permanent establishment the profits which it might be expected to make if it were a distinct and separate enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions and dealing wholly independently with enterprise of which it is a permanent establishment.”

⁴⁴ Il paragrafo 2 dell'art. 9 del modello di Convenzione OCSE recitava: “Where a Contracting State includes in the profits of an enterprise of that State- and taxes accordingly profits on which an enterprise of the other Contracting State

La formulazione dell'art. 9 con l'aggiunta del paragrafo 2 contenuta nella Convenzione OCSE del 1977 è rimasta invariata fino ai giorni nostri.

Il Report OCSE *Transfer Pricing and Multinational Enterprises* del 1979 rappresentò il primo tentativo di fornire linee guida di dettaglio per la pratica applicazione dell'*arm's length principle*.

Tale report riprendeva ampiamente le *US regulations* che nel 1969, con l'introduzione della *section 482*, avevano adottato l'*arm's length principle* nella legislazione domestica.

Nel tentativo di stabilire regole comuni per la determinazione dell'*arm's length range*, il report proponeva per la prima volta metodi di calcolo del transfer pricing.

Il metodo del confronto del prezzo (CUP) era presentato come il metodo da preferire nello stabilire l'*arm's length*.

Al contempo, veniva riconosciuto che, a causa di mancanza di informazioni, il metodo CUP non risultava essere sempre applicabile per cui erano menzionati altri metodi che presupponevano il confronto di margini lordi, quali il *cost-plus method* (CPM) e il *resale price method* (RPM).

Il report stabiliva per la prima volta anche la necessità di effettuare un'analisi funzionale al fine di determinare le funzioni svolte, i rischi assunti e gli assets utilizzati dalle parti coinvolte nella

has been charged to tax in that other State and the profits so included are profits which would have accrued to the enterprise of the first-mentioned State if the conditions made between the two enterprises had been those which would have been made between independent enterprises, then that other State shall make an appropriate adjustment to the amount of the tax charged therein on those profits. In determining such adjustment, due regard shall be had to the other provisions of this Convention and the competent authorities of the Contracting States shall if necessary consult each other”.

transazione. Nell'avvallare l'utilizzo dell'*arm's length*, il report rigettava l'impiego del *formulary apportionment* che, anche a causa di mancanza di informazioni sul profitto globale delle multinazionali, avrebbero potuto condurre a risultati contrastanti e incompatibili con l'*arm's length*, favorendo (anziché risolvere) la doppia tassazione.

Il Rapporto del 1979 venne seguito da un altro studio nel 1984, afferente tre questioni specifiche: gli aggiustamenti corrispondenti ed accordi anticipati sui prezzi, la tassazione delle imprese bancarie multinazionali e l'allocazione dei costi di direzione centrale e dei servizi.

Nel 1995 l'OCSE pubblicò le prime *Transfer Pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations* che incorporavano ed approfondivano il report del 1979 e gli studi del 1984.

Da notare che le linee guida si rivolgevano non tanto o non più solamente alle Amministrazioni finanziarie dei paesi facenti parte dell'OCSE, ma anche (se non in particolare) alle imprese, indicando loro le regole essenziali da seguire per applicare correttamente il meccanismo del transfer pricing.

Infatti, le linee guida OCSE sono raccomandazioni che i governi, congiuntamente, rivolgono alle imprese multinazionali. Esse enunciano principi e standard di buone pratiche conformi alle leggi applicabili e alle norme riconosciute a livello internazionale.

In questo senso, le nuove linee guida espandevano significativamente il concetto di analisi di comparabilità introducendo spiegazioni sui fattori di comparabilità che devono essere tenuti in considerazione nell'effettuare l'analisi.

Per quanto riguarda i metodi, veniva effettuata una suddivisione tra i metodi tradizionali da una parte, in cui erano ricompresi i metodi CUP, CPM e RPM già trattati nel precedente report del 1979, e i metodi reddituali dall'altra, ove venivano introdotti il *Transaction Net Margin Method* (TNMM) e il *Profit Split* (PSM).

Le stesse linee guida specificavano che tali metodi reddituali dovevano essere considerati solo in via residuale, laddove i metodi tradizionali si dimostrassero inapplicabili.

Le linee guida OCSE vennero di nuovo aggiornate nel 2010.

Le modifiche principali hanno riguardato, in particolare, il venire meno della gerarchia dei metodi prevista fino a quel momento e ora sostituita dalla regola del *most appropriate method*.

Inoltre, le nuove linee guida dedicavano un nuovo capitolo alle operazioni di *business restructuring*, analizzando in particolare la compensazione richiesta dalla perdita di funzioni e la remunerazione post-ristrutturazione.

Infine, come si analizzerà più nel dettaglio nel capitolo 3, una nuova versione delle linee guida è stata rilasciata nel 2017 per incorporare le modifiche apportate dal progetto BEPS.

8. Conclusioni preliminari.

L'arm's length principle è stato creato per soddisfare la necessità di concordare uno standard a livello internazionale da utilizzare come regola di ripartizione del profitto.

L'arm's length, così come attualmente codificato nell'art. 9 del Modello di Convenzione OCSE, è basato sul *separate entity approach* e presuppone una comparazione tra le condizioni

applicate nelle transazioni tra imprese associate con quelle che sarebbero state applicate tra parti terze indipendenti.

Tale principio scaturisce dalle conclusioni del Rapporto Carroll, l'avvocato americano che la Lega delle Nazioni incaricò nel 1930 di studiare la problematica dell'allocazione del profitto in modo approfondito e di effettuare una ricerca comparativa sui metodi di allocazione utilizzati dai vari Paesi.

Dalle conclusioni dello stesso Rapporto risulta che *l'arm's length* all'epoca non era previsto né dalle Convenzioni internazionali né dalle legislazioni nazionali ma, apparentemente, veniva utilizzato in alcune giurisdizioni come pratica amministrativa per controllare la veridicità del reddito dichiarato dalle stabili organizzazioni delle imprese che iniziavano ad operare oltreconfine.

Le conclusioni del Rapporto Carroll, indicando nell'utilizzo dell'approccio per entità separate (*separate entity approach*) il principio da preferire nella formulazione delle regole di ripartizioni delle basi imponibili, mutano l'orientamento dei lavori condotti fino ad allora dalla Camera di Commercio Internazionale e dalla Lega delle Nazioni che, seppure ancora in fase embrionale, sembravano propendere per approcci basati su formule predefinite (*formulaic approach*).

L'approccio per entità separate su cui fonda *l'arm's length principle* è stato velocemente implementato dalla Lega delle Nazioni che lo ha incorporato come regola di ripartizione del profitto nel modello di convenzione del 1933.

Nella sua essenza *l'arm's length principle* non è altro che una finzione legale utilizzata come standard internazionale di

ripartizione del profitto. Del resto, come è stato notato⁴⁵, il diritto tributario, in generale, si avvale di finzioni legali per tassare transazioni economiche reali.

In questo senso, l'*arm's length* si fonda sulla finzione che due imprese (che di per sé stesse sono una finzione legale) appartenenti allo stesso gruppo (un'altra finzione) siano trattate come entità separate che perseguono un loro proprio e indipendente interesse (un'altra finzione).

Secondo l'OCSE che, subentrando ai lavori inizialmente svolti dalla Lega delle Nazioni, ha avuto un ruolo cruciale nello sviluppo dell'*arm's length* standard, il principio in parola avrebbe notevoli vantaggi e sarebbe da preferire al *formulaic approach*,

Tra in vantaggi menzionati dall'OCSE, il fatto che le formule predeterminate sono arbitrarie e non in grado di riflettere al meglio la realtà economica della transazione sottostante⁴⁶.

Secondo l'OCSE l'*arm's length* da un lato assicurerebbe una equa ripartizione della base imponibile⁴⁷ dall'altro garantirebbe, grazie all'analisi funzionale da effettuarsi caso per caso, il contrasto delle pratiche di arbitraggio fiscale e, nel contempo, eviterebbe il sorgere della doppia imposizione.

Come si cercherà di dimostrare nel proseguo di questo elaborato, alcune di queste affermazioni, che potevano essere forse condivisibili in un'epoca in cui il lo sviluppo del commercio internazionale era ancora agli albori, appaiono non più attuali in un'economia diventata globale e digitalizzata.

⁴⁵ PETRUZZI, *Transfer pricing in a post-BEPS world*, Kluwer Law International, 2016, p. 10-11.

⁴⁶ Linee guida OCSE 2010, par. 1.25

⁴⁷ Linee guida OCSE 2010, par. 1.26

A parere dello scrivente, il maggior vantaggio, spesso non detto, dell'*arm's length principle* è quello di essere un principio che muove da premesse teoriche fondate (il tentativo di trattare in modo uguale le imprese multinazionali e le imprese *standalone*) ma, soprattutto, sufficientemente vaghe da essere accettate a livello politico rimettendo nel contempo la decisione finale ad un'analisi da effettuarsi caso per caso.

In questo modo, a differenza degli approcci basati su formule predeterminate, l'*arm's length* non determina né vinti né vincitori.

Tale vantaggio però rappresenta al contempo il limite stesso del principio.

Il rimettere la decisione caso per caso costituisce una causa di incertezza ineliminabile neanche con la migliore delle analisi funzionali semplicemente perché le situazioni comparabili spesso non esistono e, quando esistono, non sono mai perfette essendo la risultanza di una serie di assunzioni critiche che, come verrà dimostrato nel prossimo capitolo, sono inevitabilmente discrezionali.

In ogni caso, al di là del paragone con gli approcci basati su formule, quello che è certo, è che, dall'analisi dell'origine dell'*arm's length principle*, appare evidente come il principio sia stato concepito come regola di ripartizione del profitto e non come regola antielusiva.

Nel corso del tempo, invece, come si analizzerà nel proseguo dell'elaborato, al principio è stata attribuita una connotazione fortemente antielusiva che ha contribuito ad accentuarne i limiti.

CAPITOLO II
SVILUPPO E APPLICAZIONE
DELL'ARM'S LENGTH PRINCIPLE

*“Transfer pricing is not an exact science
but does require the exercise of judgment
on the part of both the tax administration and taxpayer”*

OECD Guidelines 2017, par. 1.13

Sommario: 1. L'applicazione pratica dell'arms length principle. – 2. L'approccio transazionale. – 3. L'analisi di comparabilità. – 4. L'analisi funzionale. – 5. I metodi di transfer pricing. – 6. L'analisi di benchmark. – 7. Analisi di un caso pratico: la remunerazione del distributore low risk. – 8. Conclusioni preliminari.

1. Applicazione pratica dell'*arm's length principle*.

La formulazione dell'art. 9 del modello di Convenzione OCSE che, come visto, racchiude il concetto dell'*arm's length principle*, è stata replicata nella maggior parte delle convenzioni bilaterali stipulate tra Stati che hanno adottato tale principio anche nelle loro legislazioni interne.

Alcuni Stati hanno incorporato le linee guida OCSE anche nel diritto domestico, altri vi fanno rinvio considerandole, alla stregua del commentario, uno strumento di interpretazione dei trattati contro le doppie imposizioni conclusi.

Il principio dell'*arm's length* si basa sulla finzione che due imprese associate nelle loro transazioni commerciali o finanziarie debbano operare come due imprese indipendenti che versano in situazioni analoghe. In altri termini, l'*arm's length principle* richiede che due o più imprese che appartengono allo stesso gruppo multinazionale siano trattate come se fossero entità indipendenti con una loro contabilità separata. L'appartenenza al medesimo gruppo, infatti, non deve influenzare le condizioni applicate nelle loro transazioni.

L'art. 9 par. 1, del modello di Convenzione OCSE impone di stabilire se le condizioni applicate nelle relazioni commerciali o finanziarie tra due imprese associate corrispondano alle condizioni che sarebbero accettate tra imprese indipendenti in situazioni analoghe.

A tal fine, le relazioni commerciali e finanziarie tra le due imprese associate devono essere anzitutto individuate e definite attraverso la cd. analisi funzionale.

L'analisi funzionale si sviluppa in una dettagliata indagine fattuale volta ad identificare le funzioni svolte, gli assets utilizzati e i rischi

assunti da ciascuna delle imprese associate che partecipa all'operazione infragruppo.

Una volta identificate e definite, le transazioni tra parte correlate devono essere confrontate con le transazioni poste in essere da soggetti indipendenti comparabili. Ciò rende necessaria l'identificazione di imprese con un profilo funzionale e di rischio comparabile a quello dell'impresa in verifica.

A seguito dell'individuazione dei soggetti comparabili, è quindi possibile determinare i prezzi infragruppo applicando uno dei metodi di transfer pricing suggeriti dalle linee guida.

Ciascuna delle fasi sopra descritte presenta delle criticità che saranno esaminate nei paragrafi successivi.

2. L'approccio transazionale

La fase dell'individuazione e della comprensione delle transazioni è la prima delle nove fasi dell'analisi di transfer pricing sviluppata dalle linee guida OCSE del 2010⁴⁸.

Queste ultime hanno sviluppato nel corso del tempo un approccio transazionale (*transactional approach*) che richiede, per l'appunto, un'analisi transazione per transazione⁴⁹.

Tale approccio, di fatto, esclude che ai fini della corretta determinazione dei prezzi di trasferimento si possa determinare il reddito dell'impresa in modo aggregato prescindendo dall'esame della singola transazione. In forza di ciò, se il prezzo della singola

⁴⁸ Linee Guida OCSE 2010, par. 3.4.

⁴⁹ Linee Guida OCSE 2010, par. 1.33: “*Application of the arm's length principle is generally based on a comparison of the conditions in a controlled transaction with the conditions in transaction between independent enterprises*”.

transazione è ritenuto conforme al valore di mercato, il reddito complessivo dell'impresa deve ritenersi conseguentemente adeguato.

Qualche autore⁵⁰ ha sostenuto che un approccio transazionale troppo rigoroso potrebbe portare a risultati contrastanti con quelli raggiungibili con un'analisi globale, volta cioè ad allocare il profitto sulla base del contributo aggregato realizzato dall'impresa nel suo complesso. Quel che è certo è che un approccio basato sulla singola transazione richiede un'analisi assai più rigorosa, in grado di cogliere il contributo alla creazione del valore della singola transazione.

Le stesse linee guida riconoscono che potrebbero sorgere difficoltà legate alla possibilità che imprese associate effettuino transazioni che nessuna impresa indipendente deciderebbe di intraprendere⁵¹. Cionondimeno, il mero fatto che una transazione non sia posta in essere tra parti indipendenti non significa, per ciò stesso, che questa non sia conclusa in conformità all'*arm's length principle*⁵².

Va comunque specificato che le linee guida OCSE del 2010, nell'imporre un approccio transazionale, lasciano al contribuente la discrezionalità di definire i termini e le condizioni alle quali concludere le transazioni stesse.

Infatti, sulla base di un principio generale, viene riconosciuta al contribuente la possibilità di organizzare la propria attività di impresa nel modo ritenuto più opportuno.

⁵⁰ M.L. SCHLER, *The arm's length standard after Altera and BEPS*, in *Tax Notes*, fasc. 30, 2015.

⁵¹ Linee Guida OCSE 2010, par. 1.11.

⁵² Linee Guida OCSE 2010, par. 1.11.

Le condizioni contrattuali, così come stabilite dal contribuente stesso, sono da considerarsi il punto di partenza nell'analisi funzionale volta all'individuazione dei rischi e dei benefici⁵³.

Al contempo, stante che gli interessi economici tra imprese associate non sono necessariamente divergenti, le linee guida precisano che è necessario verificare se la condotta effettiva delle parti corrisponda alle condizioni contrattuali pattuite⁵⁴.

In questo senso, le linee guida suggeriscono che le transazioni siano ricaratterizzate qualora la sostanza economica differisca dalla forma.⁵⁵ Le linee guida, però, non forniscono indicazioni precise su come la transazione debba essere ricaratterizzata né spiegano cosa si debba intendere per sostanza economica.

La possibilità di utilizzare l'*arm's length principle* anche per disconoscere e riqualificare quanto disposto contrattualmente dalle parti, interpretata in modo più o meno rigoroso dagli Stati, ha fatto sorgere numerose controversie.

3. L'analisi di comparabilità.

Dopo aver identificato e definito la transazione, le linee guida del 2010 impongono di svolgere l'analisi di comparabilità.

Tale analisi, in via di prima approssimazione, è finalizzata a comparare i prezzi e le condizioni della c.d. transazione in verifica (la transazione tra parti correlate) con quelli delle transazioni tra parti indipendenti. Se i prezzi e le condizioni della transazione in verifica risultano coerenti con quelli applicati in transazioni

⁵³ Linee Guida OCSE 2010, par. 1.52.

⁵⁴ Linee Guida OCSE 2010, par. 1.53.

⁵⁵ Linee Guida OCSE 2010, par. 1.65.

comparabili sul libero mercato, l'*arms' length principle* può dirsi pienamente soddisfatto.

Se, viceversa, i prezzi e le condizioni della transazione in verifica differiscono da quelli delle transazioni comparabili, l'amministrazione fiscale ha il diritto e dovere di rettificare in aumento il reddito dell'impresa e assoggettarlo ad imposizione.

L'analisi di comparabilità di cui alle linee guida dell'OCSE del 2010 prevede che il contribuente e l'amministrazione fiscale effettuino i seguenti passaggi: (I) individuazione di eventuali elementi comparabili interni, verificando se l'impresa pone in essere transazioni comparabili anche con terzi indipendenti; (II) individuazione di eventuali elementi comparabili esterni, verificando se transazioni simili sono poste in essere sul mercato da imprese terze indipendenti in situazioni comparabili; (III) selezione del metodo di transfer pricing più appropriato sulla base dei fatti e delle circostanze del caso esaminato; (IV) applicazione del metodo scelto per la determinazione dei prezzi di trasferimento e interpretazione dei dati individuati al fine di stabilire se i prezzi e le altre condizioni della transazione in verifica siano coerenti con l'*arm's length principle* o se sia necessario un adeguamento del reddito.

Come si evince dai passaggi sopra descritti, la determinazione dei prezzi di trasferimento in applicazione dell'*arm's length principle* dipende in larga misura dalla capacità del contribuente e dell'amministrazione tributaria di identificare transazioni comparabili.

Nel definire il livello di comparabilità tra transazioni tra imprese consociate e transazione tra parti indipendenti, le linee guida del 2010 stabiliscono la regola secondo cui due transazioni possono

definirsi comparabili qualora non sussistano differenze economiche sostanziali o tali differenze possano essere eliminate attraverso opportuni adeguamenti⁵⁶.

La regola di comparabilità imposta dalle linee guida, pertanto, non richiede che le due transazioni siano identiche sotto ogni singolo aspetto.

Ciò detto, la soggettività intrinseca del giudizio di comparabilità è un altro aspetto dal quale scaturiscono molti contenziosi nell'applicazione pratica del principio.

Nell'ambito dell'analisi, dovrebbero essere valorizzati i seguenti cinque fattori di comparabilità: (i) le caratteristiche dei beni o servizi (ii) la natura delle funzioni svolte da ciascuna delle imprese; (iii) i termini contrattuali; (iv) le circostanze economiche; v) le strategie commerciali perseguite dalle parti⁵⁷.

L'analisi di questi fattori di comparabilità richiede una dettagliata analisi fattuale denominata analisi funzionale alla quale è dedicato il prossimo paragrafo.

4. L'analisi funzionale.

L'analisi funzionale è necessaria per delineare gli elementi fattuali della transazione in verifica da confrontare con quelli delle transazioni tra parti indipendenti.

Per poter svolgere tale comparazione, infatti, occorre preliminarmente analizzare le funzioni svolte, i rischi assunti e gli

⁵⁶ Linee Guida OCSE 2010, par. 1.33.

⁵⁷ Linee guida OCSE 2010 par. 1.36.

assets utilizzati sia dalle imprese che partecipano nella transazione in verifica sia dalle imprese terze indipendenti.

L'analisi funzionale inizia con un esame approfondito delle funzioni svolte e dalle modalità con cui sono esercitate.

A parità di altre condizioni, la remunerazione dell'impresa è direttamente proporzionale alle funzioni svolte.

A titolo esemplificativo, un'impresa di produzione che acquista le proprie materie prime, gestisce il proprio inventario e dispone di una propria pianificazione e programmazione della produzione dovrebbe, di norma, conseguire più utili di un'impresa che si limita ad effettuare l'attività di produzione e che esternalizza le funzioni suddette ad altre imprese del gruppo.

Lo studio delle funzioni svolte dall'impresa in verifica e dalle imprese comparabili è intimamente connessa con l'analisi degli assets impiegati nello svolgimento di tali attività.

Ne deriva che nell'analisi della funzione distributiva svolta da una società correlata, non è sufficiente considerare le funzioni connesse all'attività distributiva, quali le attività di marketing o servizi post-vendita, ma è necessario valutare anche gli assets utilizzati nello svolgimento di tali funzioni. A tale riguardo, per esempio, andrebbe valutato se il distributore possa contare in una forza vendita particolarmente qualificata e formata tale da essere considerata un asset aziendale.

Esattamente come nel caso delle funzioni esercitate, anche gli assets impiegati hanno un rapporto diretto con il livello di profitto atteso.

Infine, le funzioni svolte e gli assets utilizzati sono intrinsecamente connessi con i rischi assunti da ciascuna impresa impegnata nella

transazione. Di conseguenza, l'analisi funzionale deve includere un esame dei rischi assunti dall'impresa associata nella transazione in verifica e una comparazione degli stessi con i rischi assunti da imprese potenzialmente comparabili in situazioni simili⁵⁸.

Anche in questo caso, vale l'assioma secondo cui maggiori sono i rischi assunti maggiori sono i profitti attesi.

L'analisi funzionale volta ad individuare e soppesare i rischi effettivamente assunti dalle parti può essere particolarmente difficile. Le linee guida dell'OCSE del 2010 contengono solo indicazioni generali in merito alle modalità di identificazione, assegnazione e valutazione dei rischi nel contesto dell'analisi sui prezzi di trasferimento⁵⁹.

A tal proposito, qualche spunto è offerto dal capitolo IX delle linee guida, che si riferisce specificamente alle operazioni di c.d. *business restructuring*. Nello stesso, viene suggerito di procedere alla attribuzione dei rischi partendo dalle disposizioni contrattuali⁶⁰. Inoltre, viene precisato che l'allocazione dei rischi disposta contrattualmente dalle parti deve essere in ogni caso coerente con la sostanza economica della ristrutturazione aziendale. Tale processo implica due ordini di valutazioni.

In primo luogo, è necessario verificare se la parte che assume contrattualmente il rischio è quella che sostiene effettivamente il costo derivante dalla materializzazione del rischio. In secondo luogo, si deve valutare se la stessa allocazione del rischio possa dirsi ad *arm's length*.

⁵⁸ Linee Guida OCSE 2010, par. 1.45.

⁵⁹ Linee Guida OCSE 2010, par. 1.45.

⁶⁰ Linee Guida OCSE 2010, par. 9.11.

Anche in questo caso, le linee guida invitano a considerare come si sarebbero comportati dei soggetti tra loro indipendenti. Ove non dovesse emergere la modalità con la quale parti terze indipendenti avrebbero suddiviso i rischi connessi ad una determinata transazione, è necessario considerare altri fattori, come la capacità della parte che si assume il rischio di controllarlo e di rispondere finanziariamente alle conseguenze del verificarsi del rischio stesso⁶¹.

5. I metodi di determinazione dei prezzi di trasferimento.

Una volta che la transazione da analizzare è stata individuata e ne sono state definite le caratteristiche attraverso l'analisi funzionale e che i potenziali comparabili sono stati identificati attraverso l'analisi di comparabilità, è necessario scegliere il metodo di transfer pricing più appropriato per determinare i prezzi di trasferimento.

Le linee guida OCSE hanno elaborato cinque metodi di transfer pricing che possono essere applicati per ottenere l'intervallo di valori conformi al principio di libera concorrenza.

Tali metodi possono essere distinti in metodi tradizionali e reddituali.

Tra i metodi tradizionali sono ricompresi il metodo del confronto del prezzo (CUP), il metodo del prezzo di rivendita (*resale price minus method* o RPM) e il metodo del costo maggiorato (*cost plus method* o CPM).

Come verrà in seguito analizzato, il metodo più intuitivo per stabilire se le condizioni convenute tra imprese associate siano

⁶¹ Linee Guida OCSE 2010 par. 9.17-9.38.

conformi all'*arm's length principle* consiste nel confrontare i prezzi praticati nelle transazioni tra imprese consociate con quelli applicati da imprese indipendenti in transazioni simili (CUP).

Ove ciò non sia possibile per l'inesistenza di operazioni comparabili, il confronto può essere effettuato a livello di margini lordi con il metodo del prezzo di rivendita o con quello del costo maggiorato.

In alternativa, si possono utilizzare i metodi reddituali rappresentati dal *transactional net margin method* (TNMM), che implica un confronto a livelli di margini netti, o dal *profit split method* (PSM), che impone che il profitto sia ripartito come lo sarebbe tra parti indipendenti.

L'originaria regola che prevedeva una gerarchia dei metodi con una netta preferenza per il metodo del confronto del prezzo e l'applicazione dei metodi reddituali solo in via residuale è stata soppiantata nelle linee guida OCSE del 2010 dalla regola del "*best method*"⁶².

Secondo quest'ultima, tutti i metodi indicati nelle linee guida hanno pari dignità e nella selezione del metodo si deve scegliere quello più appropriato al caso particolare.

Nell'effettuare tale scelta, vanno soppesati i vantaggi e gli svantaggi dei metodi, la coerenza del metodo con la natura della transazione controllata (determinata attraverso l'analisi funzionale), la disponibilità delle informazioni necessarie all'applicazione del metodo e il grado di comparabilità tra transazione controllata e transazioni tra imprese indipendenti, compresa l'affidabilità degli

⁶² Linee Guida OCSE, par. 2.2.

aggiustamenti di comparabilità che siano necessari per eliminare le differenze significative tra di loro⁶³.

Il metodo del confronto del prezzo o CUP confronta il prezzo di beni e servizi trasferiti nel corso di una transazione tra imprese associate con il prezzo praticato a beni o servizi trasferiti nel corso di una transazione comparabile sul libero mercato conclusa in circostanze comparabili⁶⁴.

Tale metodo può essere applicato nella forma del confronto interno o esterno.

Nel primo caso, il confronto avviene tra il prezzo della transazione in verifica ed il prezzo di una o più transazioni poste in essere dalla medesima società con imprese terze indipendenti. Nel secondo caso, i prezzi della transazione in verifica vengono comparati con i prezzi delle transazioni fra due imprese terze indipendenti. Questo metodo presuppone che i prodotti abbiano un grado di comparabilità elevato⁶⁵.

Se sussistono delle differenze è necessario calcolare degli aggiustamenti in grado di cogliere le differenze qualitative derivanti, per esempio, dalle condizioni contrattuali, dai mercati geografici, o dalla presenza o meno di beni *intangibles* (come il marchio)⁶⁶.

Ad esempio, per tenere in considerazione le differenze dei termini di consegna (c.i.f. o f.o.b.) che incidono sul prezzo di beni che

⁶³ Linee Guida OCSE 2010, par. 2.2.

⁶⁴ Linee guida OCSE 2010, par. 2.13.

⁶⁵ P. VALENTE, *Analisi di comparabilità nel transfer pricing*, Milano, Ipsoa, 2013, pp. 136-137.

⁶⁶ MUSSELLI - A.C. MUSSELLI, *Transfer pricing*, Milano, *Il sole 24 ore*, 2012, p. 314.

risultano per il resto identici, si deve calcolare un aggiustamento che sterilizzi la differenza derivante dai differenti costi di trasporti e assicurativi.

Nell'applicare il metodo del confronto del prezzo, vanno inoltre valorizzate le differenze nei volumi di vendita (i prezzi generalmente scendono all'aumentare delle quantità scambiate) e nei termini di pagamento (di cui si deve tener conto in termini di costo finanziario).

Ancorché apparentemente facile e intuitivo, il metodo del confronto del prezzo è raramente utilizzato nella prassi applicativa a causa dell'impossibilità di trovare transazioni perfettamente comparabili e della difficoltà di sterilizzare le differenze.

Se non è possibile effettuare un confronto a livello di prezzi, è possibile tentare di effettuare un confronto a livello di margini lordi utilizzando il metodo del costo maggiorato o quello del prezzo di rivendita.

Per l'applicazione del metodo del costo maggiorato o *cost plus method*, è necessario innanzitutto determinare i costi sostenuti dal fornitore di beni (o di servizi) nell'ambito di una transazione con una parte correlata. Un'adeguata percentuale di ricarico (*mark up*) viene quindi aggiunta alla base di costo al fine di ottenere un utile lordo adeguato in grado di remunerare le funzioni svolte a condizioni di mercato⁶⁷.

A differenza di quanto avviene con l'utilizzo del CUP, non si procede ad un confronto diretto dei prezzi delle transazioni, bensì ad un confronto tra il margine ricavato nella transazione in verifica

⁶⁷ Linee guida OCSE 2010, par. 2.39 e seguenti.

e quello ricavato in una transazione comparabile che può essere interna o esterna.

Anche in tale contesto, il confronto è interno quando si comparano i margini della transazione in esame con i margini ottenuti dalla stessa impresa in una o più transazioni con imprese terze indipendenti, mentre è esterno quando viene confrontato il margine della transazione in verifica con il margine ottenuto da soggetti terzi indipendenti in relazione a transazioni simili.

Il metodo del costo maggiorato è utilizzato per valorizzare le funzioni routinarie di produzione svolte da una delle due parti della transazione, in particolare nel caso di produzione di semilavorati⁶⁸ e, rispetto al CUP, tollera maggiormente le differenze tra i prodotti perché concentra l'attenzione sulla comparabilità delle funzioni svolte, dei rischi assunti e degli assets utilizzati.

Le maggiori criticità applicative di questo metodo sono collegate alla difficoltà di determinare la base di costo sulla quale applicare il *mark up*, che è accentuata dai differenti obblighi contabili imposti dalle varie giurisdizioni. Spesso, infatti, risulta difficile, se non impossibile, operare una distinzione tra costi di produzione (siano essi diretti, come il costo delle materie prime, o indiretti, come i costi di ammortamento dei macchinari) e spese operative (cioè quelle spese riferibili al funzionamento dell'impresa).

Per tale motivo, nella prassi operativa il confronto avviene spesso a livello di margini netti (e non lordi), rendendo superflua la necessità di effettuare la distinzione tra spese di produzione e spese operative⁶⁹.

⁶⁸ MUSSELLI - A.C. MUSSELLI, *op. cit.*, p. 320.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 321.

Nel metodo del prezzo di rivendita o *resale price minus method*, il punto di partenza è rappresentato dal prezzo cui il prodotto, precedentemente acquistato da un'impresa associata, viene rivenduto ad un'impresa indipendente.

Il prezzo di rivendita è ridotto di un margine lordo adeguato (per l'appunto, il margine di rivendita o il *resale price margin*) che deve garantire al venditore la copertura delle spese operative e la realizzazione di un utile adeguato.

La differenza tra prezzo di rivendita e margine lordo rappresenta il valore dei beni originariamente acquistati dalla consociata (*cost of goods sold* o COGS)⁷⁰.

Il metodo è utilizzato nella prassi per la remunerazione delle funzioni distributive routinarie svolte da una delle due imprese associate.

Questo metodo, come il metodo del costo maggiorato, pone maggiore attenzione alla comparabilità delle funzioni svolte (in questo caso le funzioni di distributore) anziché alla comparabilità dei prodotti distribuiti. Parimenti, esso può essere sviluppato sulla base del confronto interno o esterno e presenta le stesse difficoltà nella determinazione dei margini lordi in precedenza descritte per il metodo del *cost plus*.

Il *Transactional net margin method* o TNMM confronta i margini netti della transazione in verifica con i margini netti realizzati da terzi indipendenti in transazioni simili.

Tale metodo può essere utilizzato indistintamente per valorizzare funzioni di produzione o funzioni di distribuzione.

⁷⁰ Linee Guida OCSE 2010, par. 2.21 e seguenti.

Esso si concentra sostanzialmente sulla comparabilità dei fattori produttivi piuttosto che sulla comparabilità delle funzioni, come avviene nei metodi a margini lordi, o sulla comparabilità dei prodotti, come nel caso del metodo del confronto del prezzo.

Il principio economico valorizzato da tale metodo è quello per cui se il mercato dei fattori produttivi è in equilibrio, il rendimento dei capitali per le diverse attività, tenuto conto dei rischi assunti, tende ad eguagliarsi⁷¹.

La facilità di calcolare i margini netti quando si utilizzano i database rende questo metodo quello attualmente più utilizzato nella prassi operativa.

Il bollettino più recente dell'Agenzia delle Entrate contenente i dati statistici degli APA conclusi dalla stessa⁷², pubblicato nel 2013, evidenzia come tale metodo sia stato utilizzato nel 53% degli accordi sottoscritti. Si presume che tale percentuale sia aumentata negli anni successivi a causa dell'utilizzo massiccio delle banche dati nell'analisi di comparabilità.

Infine, il metodo del *profit split*, anziché confrontare prezzi o margini, procede direttamente alla suddivisione del profitto tra le imprese associate cercando di replicare la suddivisione del profitto che avverrebbe tra parti indipendenti. Tale metodo risulta adatto nelle situazioni in cui non esiste un'entità più complessa dell'altra ma, piuttosto, entrambe le parti della transazione contribuiscono in modo unico e determinante alla realizzazione del valore.

⁷¹ MUSSELLI - A.C. MUSSELLI, *op. cit.*, p. 321.

⁷² Agenzia delle Entrate, *Bollettino del ruling di standard internazionale*, II edizione, p. 21. Rinvenibile al sito:
https://www.agenziaentrate.gov.it/wps/file/Nsilib/Nsi/Schede/Istanze/Accordi+preventivi++imprese+internazionali/Bollettino+Ruling/II+edizione+Bollettino+del+Ruling+di+standard+internazionale/Bollettino+del+Ruling+di+standard+internazionale_II+edizione.pdf

La suddivisione del profitto può essere realizzata applicando due approcci diversi.

Secondo la cd. *contribution analysis*, gli utili complessivi, che corrispondono agli utili totali ritraibili dalle transazioni controllate in esame, sono ripartiti tra le imprese associate in base ad un'approssimazione ragionevole della ripartizione degli utili che imprese indipendenti avrebbero previsto di ottenere da transazioni comparabili. Questa ripartizione può fondarsi su dati comparabili, ove questi siano disponibili; in assenza, essa è spesso basata sul valore relativo delle funzioni esercitate da ognuna delle imprese associate partecipanti alle transazioni controllate, tenuto conto dei beni utilizzati e dei rischi assunti⁷³.

La cd. *residual analysis*, invece, prevede di effettuare la ripartizione del profitto in due fasi. In una prima fase, si attribuisce a ciascuna impresa il c.d. profitto routinario associato alle funzioni routinarie; nella seconda fase, si procede alla suddivisione del profitto residuo sulla base di opportuni fattori di suddivisione che tengano conto del valore del contributo relativo apportato da ciascuna parte.

Un recente report del *Joint Transfer Pricing Forum*⁷⁴ ha messo in luce il fatto che tale metodo, ad oggi, non è molto utilizzato nella pratica anche a causa della sua complessità.

⁷³ Linee Guida OCSE 2010, par. 2.119.

⁷⁴ Scaricabile dal sito:

https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/report_on_the_application_of_the_profit_split_method_within_the_eu_en.pdf

6. L'analisi di benchmark.

L'analisi di benchmark è una fase dell'analisi di comparabilità nella quale si procede all'individuazione di transazioni/soggetti comparabili alle operazioni e alla società oggetto di verifica.

A seconda del metodo di transfer pricing utilizzato, l'analisi di benchmark può essere condotta mediante l'ausilio di un database che viene utilizzato per individuare un set di soggetti comparabili. In particolare, ciò avviene se si opta per l'adozione di un metodo reddituale basato sui margini netti.

I database in commercio sono banche dati sviluppate da editori privati che collezionano i dati finanziari pubblici di una serie di imprese, rendendoli accessibili (talvolta rielaborandoli) in formato elettronico per scopo di ricerca e analisi statistiche.

I database contengono dati quantitativi (es. dati di bilancio) e qualitativi (es. codice attività, descrizione attività, collegamento al sito web, etc.).

Esistono diversi database in commercio, classificati per lo più in ragione della loro copertura geografica (ad es. Aida contiene informazioni su imprese registrate in Italia, Diana per quelle registrate in Francia, Amadeus aggrega i dati delle imprese registrate in Europa).

I database commerciali, essendo basati su informazioni pubblicamente disponibili (prelevati dalle Camere di commercio, Sec, etc.), non presentano tutti lo stesso livello di completezza e dettaglio delle informazioni. Ciò è dovuto anche alle eventuali divergenze esistenti negli obblighi informativi previsti a carico delle società nelle diverse giurisdizioni o nei diversi settori economici o a seconda della loro forma giuridica etc.

L'utilizzo dei database è ritenuto accettabile dall'OCSE nel caso in cui non esistano fonti informative più affidabili⁷⁵.

I database risultano di difficile utilizzo in caso di applicazione di metodi basati su margini lordi. Le prassi contabili di molti Paesi, infatti, non consentono, di calcolare margini lordi; inoltre, se la ricerca individua comparabili di diversi Paesi, non è garantita l'uniformità od omogeneità nelle classificazioni contabili (per esempio *operating expenses* in contrapposizione con *costs of good solds*);

D'altro lato, i database risultano particolarmente utili nel caso in cui, considerate le circostanze del caso, si opti per l'applicazione di metodi reddituali, basati su margini netti calcolati utilizzando dati finanziari aggregati desumibili dai bilanci.

Occorre sottolineare che i database non vanno utilizzati in modo standardizzato ma sempre e comunque nel rispetto dei cinque fattori di comparabilità. Il processo seguito per identificare i potenziali comparabili deve essere trasparente, sistematico e riproducibile.

La selezione del set di comparabili mediante database si articola in tre fasi.

In una prima fase, si procede all'estrazione dei potenziali comparabili mediante l'utilizzo di criteri di ricerca.

In una seconda fase, si effettua il c.d. screening quantitativo mirato alla scrematura dei soggetti selezionati sulla base di informazioni di tipo quantitativo.

Nella terza e ultima fase si esegue il c.d. screening qualitativo in cui i soggetti vengono analizzati e selezionati sulla base di

⁷⁵ Linee Guida OCSE 2010, par. 3.30.

informazioni di tipo qualitativo (visure, bilanci in formato ottico, internet, articoli di giornali, etc.).

L'estrazione dal database di soggetti comparabili (I fase) avviene attraverso la creazione di strategie di ricerca che combinano tra loro criteri di selezione predefiniti mediante appositi operatori booleani (*and*, *or*, e *not*).

Le linee guida OCSE non forniscono indicazioni precise su quali criteri utilizzare nell'impostare l'analisi di benchmark cosicché questi sono stati sviluppati dalla prassi operativa.

Nell'impostare la ricerca dei comparabili, solitamente si parte dal criterio del "mercato geografico" che costituisce una delle più importanti circostanze economiche da esaminare ai fini della comparabilità.

Tale criterio funziona come criterio d'inclusione nel senso che nel campione da analizzare vengono incluse le società situate nello stesso mercato della *tested party* e/o in mercati ritenuti sufficientemente comparabili.

Nella prassi è questione molto dibattuta l'opportunità di includere nel set di comparabili solamente i soggetti operanti nel mercato locale della *tested party* (ad es. il mercato italiano se la *tested party* è italiana) o anche soggetti riconducibili ad una regione più ampia (ad es, set pan- europeo, Europa a 15 o 27, Paesi scandinavi, penisola iberica).

Tra i soggetti appartenenti ad un mercato locale è più probabile che vi sia comparabilità ed omogeneità di standard contabili. La selezione di comparabili nell'ambito di un mercato regionale più ampio (es. Pan-Europeo) potrebbe però rendersi necessaria quando

la ricerca all'interno del mercato domestico non dia risultati soddisfacenti per la scarsità di soggetti indipendenti.

Un altro criterio utilizzato nell'analisi di benchmark è quello del "codice attività", strumentale ad includere nel campione imprese che svolgano la stessa tipologia di attività economica della *tested party*.

Per codice attività si intende di norma la classificazione statistica delle attività economiche dell'impresa. A livello europeo, è utilizzata la c.d. classificazione NACE (*Nomenclature statistique de Activités économiques dans la Communauté Européenne*). Negli Stati Uniti, invece, è utilizzato il c.d. SIC (*Standard Industrial Classification Code*).

Il codice attività selezionato dovrà essere quello corrispondente all'attività effettiva della *tested party* non necessariamente quello dichiarato dalla stessa. Il codice attività, in sostanza, va sempre verificato attraverso un riscontro fattuale in quanto è autodichiarato dall'impresa e non è sempre pienamente attendibile, non essendo soggetto a riscontri né ad obblighi tassativi di aggiornamento.

È possibile che talune società non siano classificate con il codice corretto e, quindi, siano classificate con un codice diverso pur svolgendo la stessa tipologia di attività del soggetto in esame, oppure che anche in presenza dello stesso codice, svolgano attività del tutto diverse da quelle corrispondenti al codice dichiarato. Ne consegue che, per avere maggiore probabilità di individuare soggetti che effettivamente svolgono la stessa tipologia di attività della *tested party*, talvolta è opportuno estendere la ricerca selezionando anche codici di attività assimilabili all'attività cercata ed eventualmente utilizzare congiuntamente il c.d. criterio delle "keyword", per procedere in un secondo momento al riscontro del

dato mediante acquisizione di elementi informativi derivanti da altre fonti (ad es. i siti web aziendali).

Il criterio di ricerca “*keyword*” (parola chiave) può essere utilizzato per allargare il campione (operatore booleano “*or*”) o restringerlo (operatore booleano “*and not*”).

Tale criterio funziona selezionando parole o radici di parole che devono essere presenti (inclusione) o assenti (esclusione) nella descrizione attività dei comparabili presenti nel database. Le parole scelte devono indicare un aspetto caratteristico o una funzione tipica dell’attività svolta dalla *tested party* (inclusione) oppure un aspetto o una funzione incompatibile con l’attività svolta dalla *tested party* (esclusione). Ad esempio, nel caso in cui la *tested party* sia specializzata in attività di assemblaggio, usando la radice *assembl* si riescono ad intercettare, se presenti nella descrizione attività di soggetti potenzialmente comparabili, le seguenti parole: *assembling, assembly, assembler, etc.*

Un altro criterio da tenere in considerazione nelle analisi di benchmark è rappresentato dal “criterio indipendenza” volto ad escludere dal campione dei comparabili le società che non presentano profili di indipendenza.

Per dipendenza si intende l’influenza che un’entità controllante esercita o è comunque in grado di esercitare sulle scelte imprenditoriali di un altro soggetto economico. Imprese che manifestano un forte grado di dipendenza da altri soggetti, ad esempio perché appartenenti a gruppi (nazionali o multinazionali), non possono essere incluse nel novero dei soggetti comparabili perché nelle transazioni commerciali subiscono, verosimilmente, condizionamenti identici o analoghi a quelli che influenzano le transazioni infragruppo in esame.

Nella prassi, si considerano società dipendenti le società, appartenenti ad un gruppo, i cui soci sono in possesso direttamente o indirettamente di una partecipazione complessiva superiore al 49,9%. Tali società vengono individuate nella banca dati utilizzando il criterio “*Ownership data - independent/dependent*”, preceduto dall’operatore booleano *and*, e selezionando l’indice di indipendenza A e B.

Un altro criterio utilizzato è quello che attiene alla “forma giuridica” che tende ad escludere le imprese costituite in forme giuridiche diverse dalle società di capitali.

Le società di persone, così come i consorzi per esempio, possono essere assoggettate a regimi giuridici o tributari particolari (attenuati oneri documentali, contabili e di pubblicità).

Inoltre, tale criterio tende ad escludere dal campione dei comparabili le imprese non attive o il cui stato giuridico evidenzia un andamento anomalo della gestione (come, ad esempio, imprese in caso di liquidazione, assoggettate a procedure concorsuali, sottoposte a sequestro giudiziario, etc.). Anche per questi soggetti si ritiene che la particolare condizione in cui versano possa verosimilmente indurre a metodiche e risultati di gestione diversi da quelli ordinari.

Mediante il criterio “fase di start up” vengono escluse le imprese che non operano in una fase ordinaria di gestione e che verosimilmente sostengono costi diversi da quelli ordinari. A tal fine, vengono di norma escluse dal campione dei comparabili le imprese che risultano costituite da meno di due anni.

Attraverso il criterio “dati finanziari” si procede all’esclusione delle imprese che non presentino continuità dei dati finanziari e/o

che non presentino dati recenti. Siffatte carenze informative non consentono di effettuare un adeguato controllo della comparabilità né di operare, in una fase successiva, il calcolo e il confronto degli indicatori di profitto prescelti. Per ritenere soddisfatto tale criterio, in genere si richiede che la società presenti dati finanziari per almeno due anni su tre.

Per elevare ulteriormente il livello di comparabilità del campione ottenuto fino a questo punto, si utilizzano dei criteri basati su “dati finanziari” particolarmente significativi al fine di escludere i soggetti che presentino valori incompatibili con il profilo funzionale e di rischio della *tested party*.

In particolare, i criteri di esclusione basati sui dati finanziari si rivelano utili quando il campione cui si è pervenuti a seguito delle fasi iniziali della ricerca risulti particolarmente numeroso.

Tra i criteri basati su dati finanziari si può menzionare il volume di fatturato, il cui valore in assoluto o in rapporto alle attività potrebbe essere indicativo delle dimensioni, della struttura organizzativa e della posizione competitiva dell'impresa. Solitamente, esso viene fissato al di sopra di un certo livello per escludere società di dimensioni manifestamente ridotte rispetto a quelle delle *tested party* o che presentano informazioni meno dettagliate in quanto redigono bilanci in forma semplificata/abbreviata.

Un criterio di esclusione basato sulle attività immateriali (calcolato come rapporto tra le immobilizzazioni immateriali e il totale delle immobilizzazioni oppure tra i costi di ricerca e sviluppo e il totale delle vendite) può essere utilizzato per escludere società con *intangibles* significativi o con attività di ricerca e sviluppo quando questi ultimi sono assenti nella *tested party*).

In taluni casi vengono esclusi soggetti con risultato operativo negativo (in media nei tre anni o in due anni su tre, o in un solo anno). Ciò si verifica quando si voglia selezionare soggetti con funzioni semplici o a basso profilo di rischio (*commissioner, contract/toll manufacturer, contract research developer* etc.) da cui non ci si attende che generino perdite per un lungo periodo di tempo.

Un criterio di esclusione potrebbe essere basato sul valore delle rimanenze (calcolato in valore assoluto o relativo al valore della produzione) che possono essere indicative del livello di rischio di magazzino: la soglia di esclusione è fissata bassa o alta a seconda del profilo funzionale e di rischio della *tested party*

Le imprese che superano i criteri di selezione sopra evidenziati vengono analizzate anche facendo ricorso a fonti informative diverse dal database (quali, per esempio, visure camerali, relazioni di gestione, siti web e articoli di giornali) al fine di escludere che permangono carenze informative e, nel contempo, determinare il grado di comparabilità.

7. Un caso pratico: la remunerazione del distributore *low risk*.

In questo paragrafo si vogliono descrivere in dettaglio i vari passaggi dell'analisi di transfer pricing al fine di dimostrare come i principi sopra esposti siano applicati nella prassi applicativa.

L'analisi riguarda la remunerazione di un distributore a basso rischio o *low risk*.

Si assuma che la Società Alfa sia il distributore italiano del gruppo Beta.

Nello specifico, si assuma che nell'ambito della divisione del gruppo "Automotive Aftermarket", la Società Alfa sia impegnata nella distribuzione nel territorio italiano dei prodotti acquistati unicamente dalla controllante tedesca Beta.

Attraverso l'analisi funzionale vengono delineate le funzioni svolte dalla Società Alfa e dalla Controllante Beta, nell'ambito delle operazioni di distribuzione.

Si assuma che la Società Alfa svolga le funzioni di seguito indicate.

Relativamente all'attività di vendita, la Società Alfa costituisce la filiale commerciale italiana della divisione "Automotive Aftermarket" del Gruppo. Le principali attività svolte dalla Società Alfa sono connesse all'acquisizione e alla gestione dei clienti sul territorio italiano. Tali attività si concretizzano nella ricerca dei clienti, nella contrattazione dei prezzi di vendita, sia pure nei limiti di *policy* e linee guida di gruppo, nella ricezione ed evasione degli ordini e nella fatturazione ai clienti. Per quanto riguarda la contrattazione dei prezzi di vendita, la Società Alfa ha un'autonomia ridotta nella concessione di sconti alla clientela sui prezzi di listino. Nel caso in cui sia necessario uno sconto superiore a quello previsto dalle *policy* di gruppo per il singolo prodotto, la Società Alfa deve chiedere l'autorizzazione alla casa madre Beta, la quale, se ritiene di poter accogliere la richiesta, procede a sua volta a scontare il prezzo *intercompany*.

Relativamente alle funzioni connesse al magazzino e alla logistica, si assuma che la Società Alfa non sia proprietaria di un proprio magazzino prodotti e conseguentemente si limiti a raccogliere, verificare e inserire gli ordini di vendita nel sistema informatico del gruppo; tali ordini, quindi, vengono trasmessi ai magazzini di

proprietà della casa madre Beta presenti in Italia, dai quali viene spedita la merce direttamente al cliente.

Per quanto riguarda la pianificazione della produzione, si ipotizzi che la Società Alfa fornisca le proprie previsioni di vendita alle *Business Unit* del gruppo responsabili della pianificazione della produzione.

Alfa svolge attività di comunicazione, di promozione e di marketing in relazione ai prodotti oggetto di distribuzione a livello nazionale nei limiti dei budget stabiliti dalla casa madre tedesca.

La Società Alfa, inoltre, in un primo momento provvede ad interfacciarsi con i propri clienti al fine di gestire eventuali problematiche connesse a garanzie e/o al mancato rispetto degli standard qualitativi e gestisce localmente, sulla base delle condizioni condivise con i produttori del gruppo, le soluzioni di suddetti casi (riparazione/sostituzione prodotti) per poi rivalersi sui soggetti fornitori dei prodotti garantiti.

Al fine dell'analisi funzionale della consociata Beta si assuma che la stessa svolga le seguenti funzioni: la capogruppo Beta propone e mette a disposizione i prodotti destinati alla vendita. L'attività di programmazione della produzione è svolta dalla capogruppo Beta sulla base delle previsioni di vendita fornite dalla Consociata Alfa. La capogruppo Beta coordina le attività di ricerca e sviluppo svolte dalle Business Units e/o dalle fabbriche del gruppo.

La capogruppo Beta svolge l'attività di indirizzo strategico nell'ambito delle attività di marketing oltre a definire i target di prezzo (prezzi minimi, price change rate, volumi obiettivo ecc.).

L'analisi funzionale consiste anche nel definire i rischi assunti dalle società coinvolte nella transazione di distribuzione.

Nel caso di specie, la Società Alfa acquista i prodotti dalla capogruppo Beta solo una volta che gli ordini di acquisto sono stati piazzati e, pertanto, non sostiene il rischio di invenduto. La società Alfa, non sostiene alcun rischio connesso al magazzino, non essendone proprietaria.

La società Alfa non sopporta il rischio legato al mancato rispetto degli *standard* qualitativi richiesti in quanto lo stesso rimane in capo alle società produttrici.

La capogruppo Beta, invece, sostiene i seguenti rischi.

In primo luogo, essa è responsabile del coordinamento delle attività di ricerca e sviluppo e ne sostiene il rischio di fallimento.

In secondo luogo, la capogruppo Beta sostiene il rischio connesso alla realizzazione di prodotti non conformi agli standard richiesti nonché il rischio di adeguata utilizzazione della capacità produttiva.

Infine, essa è proprietaria dei magazzini e ne sostiene i rischi connessi.

Alla luce dell'analisi funzionale sopra richiamata, considerata l'affidabilità delle informazioni disponibili e il grado di comparabilità tra transazioni controllate e tra terzi indipendenti, il metodo ed i criteri di determinazione dell'*arm's length* più appropriati alle circostanze del caso sono riconducibili al metodo del Margine Netto delle Transazioni (*Transactional Net Margin Method* o "TNMM").

La scelta del TNMM è stata determinata anche dal fatto che non sono state individuate transazioni comparabili da utilizzare nell'ambito del CUP né informazioni attendibili in merito ai margini lordi. In assenza di informazioni in merito ai margini lordi

desumibili dai dati riferibili a soggetti terzi comparabili, non è stato possibile ricorrere ad un altro dei metodi transazionali tradizionali previsti dalle Direttive OCSE, pertanto è stato necessario ricorrere ad uno dei metodi transazionali di profitto, effettuando un confronto di margini netti di profitto operativo.

Nell'applicazione del TNMM, la *tested party* è stata individuata nella società Alfa, che presenta un profilo funzionale meno complesso rispetto alla Capogruppo Beta.

Il *profit level indicator* (PIL) è stato individuato nel *return on sale* (ROS), calcolato come rapporto fra il margine operativo e il totale dei ricavi di vendita.

Al fine di comparare il margine operativo netto misurato per il tramite del ROS conseguito dalla società Alfa con il margine operativo netto misurato per il tramite del ROS conseguito da società comparabili è stata effettuata un'analisi di benchmark attraverso l'utilizzo delle banche dati.

Alla luce del riscontrato profilo funzionale della società Alfa, l'estrazione dei soggetti potenzialmente comparabili dal database (I fase dell'analisi di benchmark) è stata eseguita impostando i seguenti criteri di ricerca:

- 1) inclusione nel campione delle società appartenenti alla categoria di attività, di cui alla classificazione statistica delle attività economiche "Ateco", alla quale è riferibile l'attività produttiva svolta dalla Società;
- 2) esclusione delle società che non presentano profili di indipendenza ("a monte") attraverso il criterio "*Società detenute, almeno da un azionista di una delle seguenti tipologie: Società*

industriali, Autorità pubbliche, Stati, Governi, che possiedono tra 50,01% e 100%”;

3) esclusione delle società inattive o il cui stato giuridico evidenzia un andamento anomalo della gestione (come, ad esempio, in caso di liquidazione, fallimento, cessazione, ecc.) mediante il criterio di esclusione “società inattive”;

4) esclusione dei soggetti costituiti in forme giuridiche diverse da quelle che caratterizzano le società di capitali, individuati selezionando il criterio “*Società di persone, Società Cooperativa, Consorzio, altre forme*”;

5) esclusione delle società che non presentano profili di indipendenza (“a valle”) attraverso il criterio: “*Cos owning at least one subs: di una delle seguenti tipologie Società industriali partecipate tra 50,01% e 100%*”;

6) inclusione nel campione delle società con volume d'affari superiore a 5 milioni di euro per tutti gli anni del periodo di riferimento.

La figura sottostante illustra i criteri di ricerca impostati nella banca dati AIDA:

Product name		Aida
1.	ATECO: 453 - Commercio di parti e accessori di autoveicoli, 4674 - Commercio all'ingrosso di ferramenta, di apparecchi e accessori per impianti idraulici e di riscaldamento, 46741 - Commercio all'ingrosso di articoli in ferro e in altri metalli (ferramenta), 46742 - Commercio all'ingrosso di apparecchi e accessori per impianti idraulici, di riscaldamento e di condizionamento	8.650
2.	Società detenute almeno da un azionista: di una delle seguenti tipologie: Società industriali, Autorità pubbliche, Stati, Governi, che possiedono tra 50,01% e 100%	85.288
3.	Stato giuridico: Attiva (Stato di insolvenza), Attiva (Amministrazione Controllata), Società inattive	244.830
4.	Forma giuridica: Società di persone, Società cooperativa, Consorzio, Altro forme	117.368
5.	Cos owning at least one subs.: di una delle seguenti tipologie: Società industriali, owned tra 50,01% e 100%	50.430
6.	TOT. VAL. DELLA PRODUZIONE (migl EUR): 2014, 2013, 2012, 2011, 2010, min=1.000, per almeno uno degli anni selezionati	283.246
Ricerche Booleane : 1 E No 2 E No 3 E No 4 E No 5 E 6		
Totale		2.718

Figura I

I soggetti così selezionati sono stati sottoposti al c.d. screening quantitativo al fine di ridurre la platea di soggetti da analizzare.

A tal fine, con l'ausilio di un foglio Excel sono stati impostati i seguenti criteri di esclusione:

- 1) esclusione dal campione delle società che non presentino nella banca dati i dati finanziari, in particolare il dato riguardante il Turnover, relativi ad almeno tre esercizi su cinque rispetto al quinquennio di riferimento al fine di escludere società che presentano carenze informative riferibili alla indisponibilità di dati finanziari;
- 2) esclusione dal campione delle società che non presentino nella banca dati i dati finanziari, in particolare il dato riguardante il Margine Operativo (EBIT), in almeno tre esercizi su cinque

rispetto al quinquennio di riferimento, al fine di escludere società che presentano carenze informative riferibili alla indisponibilità di dati finanziari;

3) esclusione di società che presentino un Risultato operativo negativo anche in un solo anno nell'arco temporale di riferimento.

La figura sottostante esemplifica i criteri impostati nello screening quantitativo e i relativi effetti sui comparabili da analizzare.

Riepilogo criteri di selezione automatica				
Criterio di esclusione	Descrizione criterio di esclusione	Valore soglia criterio	Società eliminate	Società rimanenti
<i>Società risultanti dalla search strategy impostata su AIDA (vers.on line)</i>				2.718
1	Dati di bilancio per almeno 3 anni su 5 nel periodo 2010-2014 (in particolare presenza del dato Operating Revenue/Turnover).	3	131	2587
2	Dati di bilancio per almeno 3 anni su 5 nel triennio 2010-2014 (in particolare presenza del dato Reddito Operativo)	3	0	2587
3	Risultato operativo negativo in almeno 1 anno nel periodo 2010-2014	1	769	1818
4	Ricavi delle Vendite superiore a 5 mln in tutti gli anni del periodo 2010-2014	0	1542	276
⇒ Società potenzialmente comparabili da sottoporre allo screening manuale				276

Figura II

I soggetti risultanti dallo screening quantitativo sono stati in seguito sottoposti ad analisi qualitativa.

In tal modo, sono stati individuati dieci soggetti con un profilo funzionale e di rischio comparabile alla *tested party* con margini

netti misurati in rapporto alle vendite (*return on total sales*) distribuiti come risulta dalla tabella sottostante:

Intervallo interquartile	
VALORE MINIMO	1,54%
1° QUARTILE	2,95%
MEDIANA	3,95%
3° QUARTILE	5,97%
VALORE MASSIMO	11,86%

Figura III

Come ricordato dalle stesse linee guida OCSE, il transfer pricing non è una scienza esatta; ne consegue che, tendenzialmente, tutti i punti compresi tra il primo e il terzo quartile sono da considerarsi ugualmente rappresentativi dell'*arm's length principle*.

Dall'analisi di transfer pricing sopra effettuata, si è dedotto che gli acquisti *intercompany* effettuati dal distributore italiano sono da considerarsi a valore di mercato se la redditività del distributore italiano misurata in rapporto alle vendite (*return on sales*) è compresa tra il primo e terzo interquartile dell'intervallo sopra individuato.

8. Conclusioni preliminari.

In questo capitolo si è cercato di mettere in evidenza come i principi teorici dell'*arm's length* siano declinati nella pratica applicativa.

L'analisi di transfer pricing è caratterizzata da un alto grado di soggettività. A questo proposito, significativo appare il par. 1.13 delle linee guida OCSE, richiamato nell'incipit di questo capitolo, ove viene affermato che il transfer pricing "*is not an exact science*". Esso, infatti, sottolinea indirettamente come

l'applicazione del principio presenti problemi sia di natura concettuale che pratica che minano la certezza del diritto.

Per quanto riguarda i problemi di natura concettuale, si deve sottolineare che il principio non pare in grado di tenere in dovuta considerazione le c.d. sinergie di gruppo.

Le imprese multinazionali sono in grado di esercitare l'attività economica in maniera più efficiente rispetto alle piccole e medie imprese proprio grazie allo sfruttamento delle sinergie di gruppo e dei conseguenti vantaggi. Per esempio, un gruppo multinazionale che accentri la funzione di acquisto può sfruttare i maggiori volumi di acquisto rispetto alla singola impresa per ottenere maggiori sconti commerciali con conseguente riduzione dei costi. L'*arm's length principle*, come si è visto nel primo capitolo, muove dal *separate entity approach* secondo cui la singola società deve essere considerata un'entità separata dal resto del gruppo, pertanto tende ad escludere la necessità di remunerare le sinergie di gruppo.

Un altro problema concettuale che emerge dall'applicazione pratica dell'*arm's length principle* è collegato alla difficoltà insita nel determinare, allocare e remunerare i rischi di impresa.

Se da un lato, infatti, il principio riconosce l'importanza dei rischi tanto da richiamarli come uno degli elementi su cui deve concentrarsi l'analisi funzionale, dall'altro, quantomeno nelle linee guida del 2010, non esistono molte indicazioni su come allocare e soppesare i rischi stessi. Per di più, va sottolineato come la valutazione dei rischi, esercizio già di per sé speculativo, sia inevitabilmente influenzata dalle disposizioni contrattuali stabilite dalle consociate che possono facilmente collocare i rischi a seconda della convenienza fiscale.

L'applicazione dell'*arm's length principle* genera anche la difficoltà di contrastare efficacemente lo spostamento delle c.d. ricchezze mobili, in particolare i beni *intangibles*. Questi ultimi, siano essi marchi, brevetti o *know-how*, contribuiscono in modo significativo alla creazione del valore all'interno dell'impresa. Tuttavia, da un lato, i beni *intangibles* sono difficili da valutare e, in alcuni casi, persino difficili da individuare; dall'altro, essi sono facilmente spostabili e collocabili in giurisdizioni che garantiscono un trattamento fiscale favorevole.

Passando ai problemi derivanti dall'applicazione dell'*arm's length principle* di natura meramente pratica, si deve menzionare la scarsità di informazioni in merito ai possibili comparabili.

Come si è evidenziato nella descrizione dell'analisi di benchmark, in molti casi la ricerca dei comparabili è affidata alle banche dati contenenti informazioni la cui accuratezza e attendibilità dipende anche dai differenti obblighi informativi imposti nelle varie giurisdizioni. Nonostante gli obblighi documentali imposti, molto spesso le amministrazioni fiscali faticano ad accedere ai dati interni e alle informazioni necessarie per esaminare le transazioni *intercompany*.

Anche in presenza dei dati necessari, il problema che più di ogni altro pare limitare l'applicazione pratica dell'*arm's length principle* è connesso con la sua stessa complessità, che deriva anche da una soggettività ineliminabile.

Sovente, infatti, è impossibile trovare sul mercato una transazione perfettamente identica a quella in verifica.

Nonostante le linee guida, come si è visto, favoriscano un'interpretazione ampia di comparabilità, molte controversie

sorgono già nel corso dell'analisi funzionale in quanto, nella maggior parte dei casi, è impossibile escludere con certezza che le differenze che inevitabilmente esistono tra la transazione in verifica e le transazioni tra parti indipendenti non incidano sulla determinazione dei prezzi.

Ciascuno dei passaggi dell'analisi di transfer pricing evidenziati in questo capitolo comportano valutazioni discrezionali e assunzioni che, anche se mosse dalle più meritevoli intenzioni, possono essere contestate. Tale quadro è ulteriormente pregiudicato dalla digitalizzazione delle attività economiche, che ha permesso di raggiungere livelli di integrazione della *supply chain* senza precedenti.

Tra le conseguenze della complessità dell'applicazione del principio, occorre riconoscere che essa non solo favorisce la pianificazione fiscale aggressiva ma accresce i casi di doppia imposizione.

CAPITOLO III

L'ARM'S LENGTH PRINCIPLE IN UN'ERA POST BEPS

*“Tax evasion and avoidance
have been depriving our governments of precious resources for
decades.*

*In the past years,
our governments have been struggling to find the resources to
jumpstart growth,
to exit the crisis and to promote more and better jobs,
while base erosion and profit shifting practices weakened these
efforts.*

*I am delighted to announce the beginning of the end of these
corrosive practices.”*

Angel Gurría,
OECD Secretary-General⁷⁶

Sommario: - 1. Il progetto BEPS. – 2. L’implementazione del progetto BEPS nel diritto dell’Unione Europea. – 3. Il nuovo approccio transazionale. – 3. La ricatterizzazione dei rischi - 4. Il trattamento dei beni *intangibles*. - 5. La documentazione di transfer pricing e il *Country-by-Country Reporting*. – 6. Conclusioni preliminari.

⁷⁶ Discorso di presentazione dei risultati del progetto BEPS tenutosi a Parigi il 16 Settembre 2014.

1. Il progetto BEPS.

Con l'acronimo BEPS (*Base Erosion & Profit Shifting*) si indicano genericamente le strategie di pianificazione fiscale che, sfruttando le discordanze presenti nelle normative fiscali, mirano a spostare i profitti in Paesi a bassa o nulla imposizione (*profit shifting*) abbattendo la base imponibile (*base erosion*) nei paesi a più alta fiscalità.

Queste strategie possono tradursi in violazioni di legge, tuttavia nella maggior parte dei casi consistono in comportamenti elusivi, ossia in comportamenti che rispettano formalmente le regole ma nella sostanza ne aggirano lo spirito e sfruttano le asimmetrie del sistema fiscale internazionale.

Gli schemi di pianificazione fiscale aggressiva intaccano l'integrità e l'equità del sistema fiscale in quanto le imprese multinazionali possono utilizzarli per conseguire un vantaggio competitivo sulle imprese *stand-alone* le quali, operando all'interno di un'unica giurisdizione, non riescono ad usufruire degli stessi schemi e rimangono assoggettate ad un carico fiscale più oneroso.

Al fine di contrastare gli schemi di pianificazione fiscale aggressiva, in data 19 luglio 2013, su impulso del G20, l'OCSE ha pubblicato il documento "*Action plan on Base Erosion and Profit shifting*"⁷⁷ il quale identificava quindici specifiche azioni dirette a fornire ai governi nazionali gli strumenti necessari per contrastare il fenomeno dell'erosione della base imponibile mediante il *profit shifting*.

⁷⁷ Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting pubblicato il 19 luglio 2013, reperibile al sito:
<https://www.oecd.org/tax/action-plan-on-base-erosion-and-profit-shifting-9789264202719-en.htm>

L'*Action plan* era stato preceduto dalla pubblicazione, in data 12 febbraio 2013, del rapporto "*Addressing Base Erosion and Profit shifting*"⁷⁸ nel quale veniva evidenziato come i principi della fiscalità internazionale fossero da considerarsi obsoleti in molti settori, in ragione dei cambiamenti economici apportati dalla globalizzazione.

Il progetto BEPS dell'OCSE costituisce la più grande riforma delle regole di fiscalità internazionale da quando queste sono state introdotte sotto l'egida della Lega delle Nazioni (come si è illustrato nel primo capitolo).

La riforma perseguiva l'obiettivo di riallineare la tassazione dei profitti con la creazione del valore prevedendo lo sviluppo di regole armonizzate in grado di ricondurre la tassazione del profitto nelle giurisdizioni in cui le attività economiche sono effettivamente esercitate.

Il 5 ottobre 2015, in vista del G20 di Lima, l'OCSE ha pubblicato i risultati finale dell'intero progetto BEPS⁷⁹.

Il pacchetto di Azioni BEPS ruota attorno a tre pilastri. Un primo blocco di azioni è teso ad aumentare la coerenza e il coordinamento delle legislazioni nazionali che riguardano le attività transfrontaliere (è il caso, per esempio, dell'Azione 3 volta all'armonizzazione delle regole nazionali sulle CFC).

Il secondo pilastro si prefigge di rafforzare il requisito della sostanza al fine di assicurare che la tassazione abbia luogo nella

⁷⁸ Report Addressing Base Erosion and Profit Shifting pubblicato il 12 febbraio 2013, reperibile al sito:
<https://www.oecd.org/tax/addressing-base-erosion-and-profit-shifting-9789264192744-en.htm>

⁷⁹ Final Report Profit Shifting project pubblicato il 5 ottobre 2015, reperibile al sito:
<https://www.oecd.org/ctp/beps-reports-2015-executive-summaries.pdf>

giurisdizione in cui il valore è creato (è il caso, per esempio, delle Azioni 8 e 10 volte a ridefinire alcune regole di transfer pricing).

Il terzo e ultimo pilastro, invece, è incentrato sulla trasparenza e sullo scambio di informazioni al fine di contrastare non solo l'elusione fiscale delle multinazionali ma anche la concorrenza fiscale dannosa tra gli Stati.

Vi sono poi delle azioni trasversali, come l'Azione 1 e 15.

L'Azione 1⁸⁰ aveva come focus la tassazione dell'economia digitale e, ad oggi, può essere considerata il grande fallimento del progetto BEPS non avendo prodotto alcuna soluzione concreta a causa della mancanza di consenso politico, bensì soltanto un report interlocutorio.

Anche l'Azione 15⁸¹ può essere considerata un'azione trasversale, avendo sviluppato un modello di convenzione multilaterale con il fine di implementare simultaneamente ed efficacemente le azioni BEPS nei trattati bilaterali conclusi dagli Stati aderenti (cd. *covered agreements*).

Volendo esaminare in dettaglio anche le altre singole azioni, l'Azione 2⁸² ha sviluppato regole condivise per contrastare i c.d. *hybrid mismatch arrangements*, intesi come strumenti che

⁸⁰ Report finale azione 1, Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, scaricabile al sito:

<https://www.oecd.org/tax/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report-9789264241046-en.htm>

⁸¹ Report finale azione 15, Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, scaricabile al sito:

<https://www.oecd.org/tax/developing-a-multilateral-instrument-to-modify-bilateral-tax-treaties-action-15-2015-final-report-9789264241688-en.htm>

⁸² Report finale azione 2, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, reperibile al sito:

<https://www.oecd.org/tax/neutralising-the-effects-of-hybrid-mismatch-arrangements-action-2-2015-final-report-9789264241138-en.htm>

sfruttano le asimmetrie impositive tra i diversi ordinamenti nazionali per il conseguimento di vantaggi indebiti. Si tratta, per esempio, di operazioni da cui derivano doppie non imposizioni o plurime deduzioni della stessa voce di costo.

L'Azione 3⁸³ ha fornito *best practices* per uniformare le regole nazionali sulle società controllate estere (CFC - *Controlled Foreign Company*) volte al contrasto dello spostamento fittizio del profitto verso paesi a fiscalità privilegiata.

L'Azione 4⁸⁴ si è concentrata sulle transazioni infragruppo di natura finanziaria suggerendo di introdurre delle soglie alla possibilità di ricorrere al sovra indebitamento attraverso la deduzione degli interessi e costi relativi al finanziamento.

L'Azione 5⁸⁵ si è concentrata sulle pratiche fiscali dannose per incrementare il livello di trasparenza mediante lo scambio spontaneo dei ruling, nonché per valorizzare il criterio della sostanza, imponendo l'introduzione del cosiddetto *nexus approach* al quale i regimi speciali di tassazione sugli *intangibles* c.d. *patent box regimes* devono conformarsi.

⁸³ Report finale azione 3, Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, reperibile al sito:

<https://www.oecd.org/tax/designing-effective-controlled-foreign-company-rules-action-3-2015-final-report-9789264241152-en.htm>

⁸⁴ Report finale azione 4, Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, reperibile al sito:

<https://www.oecd.org/tax/limiting-base-erosion-involving-interest-deductions-and-other-financial-payments-action-4-2015-final-report-9789264241176-en.htm>

⁸⁵ Report finale azione 5, Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, reperibile al sito:

<https://www.oecd.org/tax/countering-harmful-tax-practices-more-effectively-taking-into-account-transparency-and-substance-action-5-2015-final-report-9789264241190-en.htm>

L'Azione 6⁸⁶ ha definito clausole antiabuso da introdurre nelle convenzioni per contrastare le fattispecie di abuso dei trattati, ed in specie il cd. *treaty shopping* che consiste nel conseguire i vantaggi riservati ai residenti degli Stati contraenti pur non avendone diritto, ricorrendo per esempio alla costituzione di società fittizie denominate *letterbox companies*.

L'Azione 7⁸⁷ ha allargato la definizione di stabile organizzazione al fine di contrastare le pratiche elusive volte ad evitare il riconoscimento di una stabile in una determinata giurisdizione. Tali strategie possono consistere, per esempio, nella conversione del modello di business da distributore a commissionario o, più in generale, nella frammentazione delle attività commerciali.

Le Azioni 8, 9 e 10⁸⁸, come verrà meglio descritto nei paragrafi seguenti, erano finalizzate ad allineare le regole di transfer pricing con la creazione del valore attraverso l'aggiornamento delle linee guida OCSE.

L'Azione 11⁸⁹ aveva l'obiettivo di misurare il fenomeno dell'elusione internazionale mediante la creazione di un cruscotto

⁸⁶ Report finale azione 6, Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, reperibile al sito:

<https://www.oecd.org/tax/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report-9789264241695-en.htm>

⁸⁷ Report finale azione 7, Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, reperibile al sito:

<https://www.oecd.org/tax/preventing-the-artificial-avoidance-of-permanent-establishment-status-action-7-2015-final-report-9789264241220-en.htm>

⁸⁸ Report finale azione 8-10, Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, reperibile al sito:

<https://www.oecd.org/tax/aligning-transfer-pricing-outcomes-with-value-creation-actions-8-10-2015-final-reports-9789264241244-en.htm>

⁸⁹ Report finale azione 11, Measuring and Monitoring BEPS, reperibile al sito:

di indicatori per monitorare sia la sua evoluzione nel tempo sia l'efficacia delle azioni di contrasto.

L'Azione 12⁹⁰ contiene raccomandazioni relative alle regole di comunicazione preventiva obbligatoria (cd. *mandatory disclosure rules*) da introdurre negli ordinamenti per contrastare per contrastare gli schemi di pianificazione fiscale aggressiva.

L'Azione 13⁹¹ contiene delle linee guida in merito alla documentazione di transfer pricing che le giurisdizioni dovrebbero adottare, incluso un modello di *country by country reporting* che dovrebbero essere imposto alle multinazionali per favorirne la trasparenza.

L'Azione 14⁹², avente ad oggetto i meccanismi di risoluzione delle controversie, contiene un insieme di *best practices* e suggerisce di inserire una clausola arbitrale nel testo delle Convenzioni bilaterali per favorire la risoluzione delle controversie stesse.

<https://www.oecd.org/tax/measuring-and-monitoring-beps-action-11-2015-final-report-9789264241343-en.htm>

⁹⁰ Report finale azione 12, Mandatory Disclosure Rules, reperibile al sito:
<https://www.oecd.org/tax/mandatory-disclosure-rules-action-12-2015-final-report-9789264241442-en.htm>

⁹¹ Report finale azione 13, Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, reperibile al sito:
<https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing-documentation-and-country-by-country-reporting-action-13-2015-final-report-9789264241480-en.htm>

⁹² Report finale azione 14, Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective, reperibile al sito:
<https://www.oecd.org/tax/making-dispute-resolution-mechanisms-more-effective-action-14-2015-final-report-9789264241633-en.htm>

2. L'implementazione del progetto BEPS nel diritto dell'Unione Europea.

Nell'era pre-BEPS, le iniziative della Commissione Europea in campo fiscale non si erano concentrate tanto sul fenomeno della doppia non imposizione, quanto piuttosto, sull'armonizzazione delle normative antiabuso nazionali ritenute di ostacolo allo sviluppo del mercato unico.

In questo contesto, la Comunicazione della Commissione Europea del 2007⁹³ aveva come obiettivo la riduzione delle differenze tra le varie normative nazionali antiabuso attraverso l'adozione di un approccio coordinato.

L'esigenza era quella di bilanciare gli interessi nazionali di contrasto alle pratiche fiscali abusive con quello comunitario di non creare eccessive restrizioni alle attività economiche *cross-border* all'interno del mercato comune.

Nella propria comunicazione, la Commissione poneva l'accento sul fatto che le normative nazionali antiabuso per essere considerate proporzionate e conformi alle libertà fondamentali di circolazione dovevano tendere specificamente al contrasto delle costruzioni di puro artificio (*wholly artificial arrangements*) ossia di quelle pratiche finalizzate unicamente all'aggiramento delle legislazioni nazionali. L'enfasi della Commissione era posta sulla necessità di garantire la compatibilità delle normative antiabuso nazionali con il diritto dell'Unione Europea più che sul contrasto dell'elusione fiscale. Pertanto, la priorità della Commissione era quella di rivedere le normative nazionali antiabuso nel tentativo di

⁹³ Commission Communication of 10 December 2007 to the Council, the European Parliament and European Economic and Social Committee: The application of anti-abuse measures in the area of direct taxation within the EU and in relation to third countries (COM(2007)785 Final).

stabilire una definizione condivisa di “*abuse and purely artificial arrangements*”.

A partire dal 2012, le Istituzioni europee hanno spostato l'attenzione sul contrasto all'evasione fiscale e alle pratiche fiscali elusive.

Il 19 aprile 2012,⁹⁴ il Parlamento Europeo ha approvato una risoluzione con cui invitava la Commissione Europea a proporre soluzioni di contrasto alle pratiche abusive.

In risposta a quest'ultima, il 27 giugno 2012 la Commissione Europea ha adottato una Comunicazione⁹⁵ in cui indicava la necessità di rinforzare le misure di contrasto all'evasione e all'elusione fiscale. In seguito, in data 6 dicembre 2012, la Commissione ha pubblicato un proprio *Action plan*⁹⁶ finalizzato a rafforzare la lotta all'evasione e all'elusione fiscale.

Il piano di azione elencava dei passi concreti da attuare nel breve, medio e lungo periodo ed era accompagnato da due raccomandazioni. La prima raccomandazione (*Recommendation on good governance*⁹⁷) forniva dei criteri per identificare i Paesi terzi che non rispettavano un minimum standard di buona *governance* fiscale e indicava delle possibili contromisure da attuare nel caso in cui tali Paesi non si fossero dimostrati collaborativi e non si fossero

⁹⁴ European Parliament Resolution of 19 April 2012 on the call for concrete ways to combat tax fraud and tax evasion (2012/2599(RSP)).

⁹⁵ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on Concrete ways to reinforce the fight against tax fraud and tax evasion including in relation to third countries COM(2012) 351 Final.

⁹⁶ Communication from the Commission to the European Parliament and Council. An action plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion. COM(2012) 722 final (6 December 2012).

⁹⁷ Commission Recommendation of 6 December 2012 regarding Measures intended to encourage third countries to apply minimum standards of good governance in tax matters (C(2012) 8805 final).

impegnati ad apportare delle modifiche alle proprie legislazioni nazionali.

Con la seconda raccomandazione (*Recommendation on aggressive tax planning*⁹⁸), la Commissione incoraggiava gli Stati membri a modificare le proprie convenzioni bilaterali inserendovi una disposizione antielusiva e comunque delle disposizioni volte a contrastare la doppia non imposizione.

Il 23 aprile 2013, dando seguito a quanto previsto dal piano d'azione, la Commissione ha istituito la *Platform for tax Good governance*⁹⁹ con l'obiettivo di discutere *best practices* per fronteggiare l'evasione e l'elusione fiscale e nel contempo monitorare i progressi delle legislazioni degli Stati membri.

Sulla spinta del progetto BEPS e dell'Action plan europeo, la Commissione ha proposto la modifica di diverse direttive.

Per esempio, il 25 novembre 2013 la Commissione ha pubblicato la proposta di modifica della Direttiva madre-figlia (2011/16/UE)¹⁰⁰ con l'intento di includere una disposizione specifica per ostacolare i c.d. *hybrid mismatches*, oltre ad una clausola antiabuso generale che consentisse di negare l'estensione dei benefici della direttiva alle operazioni che non riflettono la realtà economica¹⁰¹.

⁹⁸ Commission Recommendation of 6 December 2012 on Aggressive Tax Planning (C(2012) 8806 Finale).

⁹⁹ Commission Decision of 23 April 2013 on setting up Commission Expert Group to be known as platform for tax good governance, aggressive tax planning and double taxation (C.(2013) 2236 final).

¹⁰⁰ European Commission Press release IP/13//1149, tackling tax avoidance: Commission Tighten Key EU Corporate Tax rules (25 November 2013).

¹⁰¹ Al Consiglio ECOFIN del 20 giugno 2014, i Paesi membri avevano raggiunto l'accordo solo sulla clausola relativa agli hybrid mismatches che ha modificato l'articolo 4 della Direttiva Madre-figlia prevedendo che il beneficio della non tassazione dei dividendi ricevuti dalla società-madre non sia esteso ai

La direttiva Risparmio (2003/48) è stata assorbita nella *Mutual assistance Directive* (2011/16/UE), a sua volta modificata a seguito della proposta di introdurre lo scambio automatico obbligatorio di informazioni sui *tax rulings*, avanzata nel contesto del pacchetto trasparenza fiscale¹⁰².

Quest'ultima aveva lo scopo di superare la riluttanza dimostrata dagli Stati membri nello scambio di informazioni sui rispettivi *tax rulings* ed era diretta conseguenza dello scandalo c.d. *Luxleaks*¹⁰³.

La nuova disposizione, approvata il 6 ottobre 2015¹⁰⁴, ha introdotto l'obbligo per gli Stati membri di scambiarsi ogni tre mesi le informazioni sui *tax ruling* emessi, modificati o rinnovati dagli stessi mediante un applicativo creato e gestito dalla stessa Commissione Europea (cd. *central directory*).

Nel giugno 2015 la Commissione Europea ha annunciato il nuovo piano di azione: “*A fair and efficient corporate tax system*”¹⁰⁵.

casi in cui la società-figlia deduce il pagamento di tali dividendi come componente negativa di reddito (Hybrid Mismatch). La clausola anti-abuso generale è stata invece approvata nel successivo Consiglio ECOFIN del 9 dicembre 2014. Questa clausola permette ai Paesi membri di non estendere i benefici della Direttiva a quelle operazioni che non sono genuine e sono state poste in essere allo scopo principale di ottenere vantaggi fiscali.

¹⁰² European Commission Press release IP/15/4436, European Commission lays the Foundation for a fairer and more transparent approach to taxation in EU (18 February 2015).

¹⁰³ Il 5 novembre 2014, all'indomani dell'elezione di Juncker come Presidente della Commissione Europea, l'inchiesta condotta da un pool internazionale di giornalisti investigativi (*ICIJ – The International Consortium of Investigative Journalists*) e pubblicata dai maggiori quotidiani del mondo, ha svelato la prassi del Granducato del Lussemburgo di concedere *tax ruling* di favore alle aziende multinazionali.

¹⁰⁴ European Commission Press Release IP/15/5780, Tax transparency: Commission welcomes agreement reached by Member States on the automatic exchange of information on tax rulings (6 October 2015).

¹⁰⁵ Communication from the Commission to the European Parliament and Council: A fair and efficient corporate tax system in the European Union: 5 key areas for action (2015) 302 final (17 June 2015).

La comunicazione poneva l'attenzione sull'importanza di rendere l'imposizione fiscale nell'Unione più giusta ed efficiente e individuava cinque aree di azione.

La prima area di azione prevedeva il rilancio della proposta di direttiva CCCTB (*Common Consolidated Corporate Tax Base*) e per attuarlo la Commissione proponeva di proseguirne l'implementazione in due differenti fasi concentrandosi in un primo momento nell'individuazione delle regole per determinare la base comune (*Common Corporate Tax Base*), rinviando ad un successivo momento il dibattito sulle regole di consolidamento.

La seconda area di azione era volta ad assicurare che la tassazione abbia luogo ove il profitto è generato, in linea con quanto stabilito dal progetto BEPS. La definizione di stabile organizzazione e la rivisitazione delle norme sulle CFC venivano indicate come aree in cui era necessario un intervento. Inoltre, era prevista una modifica della Direttiva Interessi e Royalty al fine di escludere la doppia non imposizione dei pagamenti degli interessi e delle royalties all'interno dell'Unione.

Tra le aree di intervento il piano di azione menzionava anche le regole sul transfer pricing che necessitavano di un'implementazione coordinata delle modifiche introdotte dalle Azioni rilevanti del progetto BEPS. Al fine di contrastare la concorrenza fiscale dannosa, i regimi di tassazione preferenziali dovevano poi essere rivisti e implementati in linea con il c.d. *modified nexus approach*.

All'interno della terza area di azione, invece, venivano proposte misure per favorire il mercato unico comune.

Il piano, per esempio, menzionava la volontà di garantire la deduzione delle perdite transfrontaliere all'interno del meccanismo della CCCTB. Inoltre, la Commissione proponeva di lavorare su una proposta di direttiva finalizzata a migliorare le *mutual agreement procedures* al fine di ridurre i casi di doppia tassazione e garantire trasparenza e tempi certi.

La quarta area di azione era volta ad implementare la trasparenza in ambito fiscale. In particolare, la Commissione affermava di volere valutare la possibilità di rendere obbligatoria la *disclosure* di alcune informazioni fiscali quali quelle contenute nel *Country by Country Report*.

Contemporaneamente alla pubblicazione del piano di azione, la Commissione pubblicava una lista di trenta giurisdizioni non cooperative da sottoporre a revisione periodica e proponeva una strategia europea comune da tenere nei confronti delle giurisdizioni listate.

La quinta e ultima area di azione era focalizzata sugli strumenti di cooperazione amministrativa da rivedere e/o implementare quali, ad esempio, i joint audit.

Dando seguito al piano di azione, nel gennaio del 2016 la Commissione ha presentato un pacchetto di misure antielusione articolato in sette iniziative.

Il pacchetto prevedeva una proposta di direttiva antielusione, una raccomandazione in merito all'implementazione delle misure previste dal progetto BEPS, una proposta di modifica della direttiva sulla cooperazione amministrativa (2011/16/UE) avente ad oggetto lo scambio automatico obbligatorio delle informazioni fiscali riguardanti il *Country-by-Country Reporting* (CbCR), una

comunicazione di politica generale sulle misure antielusive, una comunicazione di politica generale sulla strategia da adottare con i Paesi terzi, un cd. *Commission staff working document* e, infine, uno studio sugli *Aggressive Tax Planning* (ATP).

La proposta di direttiva antielusione¹⁰⁶ individuava sei aree di intervento per contrastare i fenomeni di erosione delle basi fiscali.

Le prime tre aree consistevano nell'implementazione delle azioni BEPS riferite agli *hybrid mismatches* (azione 2), alle normative sulle CFC (azione 3) e alla deduzione degli interessi (azione 4).

Inoltre, venivano proposti interventi che non erano direttamente contemplati nel progetto BEPS, quali l'introduzione di una norma antielusiva generale, una c.d. *switch-over clause* e una norma sull'imposizione in uscita (*exit taxation*).

La direttiva è stata approvata “*under silent procedure*” il 17 giugno 2016.

Per quanto riguarda gli *hybrid mismatches* volti alla riduzione del debito fiscale complessivo sfruttando le asimmetrie tra le normative degli Stati membri, l'articolo 9 della direttiva prevede che nella misura in cui un disallineamento da ibridi determini una doppia deduzione la deduzione si applichi unicamente nello Stato membro in cui il pagamento origina. Nel caso in cui, invece, il disallineamento sia conseguenza di una deduzione senza inclusione, lo Stato membro del contribuente è tenuto a negare la deduzione del pagamento.

L'articolo 7 della direttiva detta la disciplina fiscale delle società estere controllate (CFC), imponendo l'imputazione dei redditi di

¹⁰⁶ Proposal for a Council Directive Laying Down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market (COM/2016/025 final).

queste ultime alla società madre, in proporzione alle rispettive quote di partecipazione.

L'articolo 4 della direttiva introduce poi la c.d. *earning-stripping rule* che impone agli Stati membri di dotarsi di una normativa che limiti la deducibilità degli interessi passivi ad un importo non superiore al 30% dell'EBITDA.

L'art. 5 della direttiva prevede che gli Stati membri introducano una normativa sulla tassazione in uscita degli assets trasferiti in base alla quale la valorizzazione degli stessi deve tener conto della differenza tra il loro valore di mercato al momento dell'uscita e il loro valore fiscale.

L'articolo 6 della direttiva, infine, introduce una clausola antiabuso generale secondo cui, ai fini del calcolo dell'imposta dovuta sulle società, gli Stati membri sono tenuti ad ignorare le costruzioni non genuine che, essendo state poste in essere allo scopo principale di ottenere un vantaggio fiscale in assenza di valide ragioni commerciali, sono in contrasto con l'oggetto o la finalità del diritto fiscale applicabile.

3. Il nuovo approccio transazionale.

Nei paragrafi seguenti, si intendono analizzare le principali modifiche apportate dal progetto BEPS alle linee guida OCSE.

Come si è già visto nel capitolo precedente, le linee guida del 2010 raccomandano un approccio transazione per transazione che ha il suo punto di partenza nelle disposizioni contrattuali stipulate tra le imprese associate.

Le linee guida del 2010 affermano esplicitamente che, in linea di massima, le amministrazioni fiscali devono rispettare le condizioni

contrattuali, fatta eccezione per i casi in cui queste ultime non riflettono la reale sostanza economica delle operazioni o sono prive di valide ragioni commerciali¹⁰⁷.

Il piano di azione del BEPS ha previsto, da un lato, la necessità di approfondire l'effetto di riqualificazione delle transazioni in applicazione dell'*arm's length principle* e, dall'altro, la necessità di sviluppare regole capaci di prevenire l'erosione della base imponibile posta in essere mediante la conclusione di transazioni che non sarebbero mai state concluse tra parti indipendenti¹⁰⁸.

A tal fine, i report relativi alle Azioni 8-10 hanno aggiunto alle linee guida sui prezzi di trasferimento una sezione *ad hoc*, intitolata "*accurate delineation of the transaction*", in cui viene posta maggiore enfasi sul ruolo centrale che deve essere attribuito al *real deal* tra le parti nella determinazione dell'*arm's length*.

I nuovi report modificano, inoltre, i paragrafi 1.64 e 1.65 riconoscendo in modo esplicito che le autorità fiscali possono disconoscere (il termine "*re-characterisation*" viene sostituito con "*disregard*") le transazioni prive di valide ragioni economiche, il cui significato viene ulteriormente chiarito attraverso due esempi.

Le modifiche sembrano attribuire alle amministrazioni fiscali il potere di disconoscere le disposizioni contrattuali non solo quando queste sono incoerenti con la condotta delle parti ma anche quando sono ambigue e non riflettono la reale ripartizione delle funzioni, dei rischi e degli assets tra le parti.

Le modifiche apportate rendono più esplicito quanto era soltanto accennato implicitamente nelle linee guida del 2010 in merito alla

¹⁰⁷ Linee guida OCSE 2010, par. 1.64 – 1.65.

¹⁰⁸ Action plan, p. 20.

necessità di fondare l'analisi dei prezzi sulla reale condotta delle parti¹⁰⁹.

Sebbene tali modifiche riconoscano alle amministrazioni fiscali la possibilità di considerare il comportamento delle parti al di là delle disposizioni contrattuali, esse non si spingono a suggerire che le imprese associate debbano sempre e comunque condurre le loro attività allo stesso modo delle imprese indipendenti. Anche le nuove disposizioni, infatti, riconoscono l'autonomia decisionale del contribuente. Ne consegue che, nel delineare la transazione, l'attenzione deve essere incentrata su cosa le imprese associate hanno effettivamente fatto.

In generale, le nuove disposizioni, richiedendo un esame più accurato dei dettagli dell'operazione esaminata e della reale condotta delle parti, sembrano favorire metodi basati sul confronto degli utili piuttosto che metodi basati sul confronto delle transazioni, quali ad esempio il CUP. Imporre un'analisi di maggior dettaglio, del resto, comporta maggiori difficoltà nell'individuazione di transazioni perfettamente comparabili.

Questa difficoltà pare essere solo parzialmente mitigata dall'introduzione del concetto di “opzioni realisticamente disponibili”¹¹⁰ in base al quale le condizioni applicate nelle transazioni tra imprese associate, anche se non comparabili con transazioni tra parti indipendenti, dovrebbero essere accettate nella misura in cui rappresentino l'alternativa migliore (*next best alternatives*) per le imprese associate medesime.

¹⁰⁹ R. COLLIER – J. ANDRUS, *Transfer Pricing and the arm's length principle after BEPS*, Oxford, 2017, p. 200.

¹¹⁰ Report finale azioni 8-10 par. 1.52-1.53.

Nonostante le intenzioni, quindi, le modifiche apportate alle linee guida non sembrano idonee a risolvere le problematiche applicative che, da sempre, ruotano attorno al concetto di *accurate delineation of the transactions*.

4. La “ricaratterizzazione” dei rischi.

Le maggiori modifiche apportate dai report BEPS attorno al concetto di *accurate delineation of the transactions* riguardano l’allocazione dei rischi tra imprese associate.

Come descritto nel precedente capitolo, nelle linee guida OCSE del 2010 al trattamento dei rischi erano riservati alcuni passaggi specifici del capitolo IX riferito alle operazioni di *business restructuring*. Nella parte generale contenuta nei capitoli I e III, invece, non era dato riscontrare linee guida specifiche sui rischi.

La possibilità di separare i rischi dalla sottostante attività economica era stata individuata nel piano di azione come una delle possibili modalità di *profit shifting* che andava affrontata.

A tal fine, i report BEPS chiariscono che per attribuire un rischio ad una delle imprese correlate è necessario verificare che tale impresa abbia la capacità di controllare il rischio e la capacità finanziaria di prendere contromisure al materializzarsi dello stesso¹¹¹.

In un’era post-BEPS, quindi, l’analisi dei rischi assume un ruolo centrale all’interno dell’analisi funzionale.

I report chiariscono che un’impresa può sostenere di avere il controllo del rischio (“*control over the risk*”) se ha la capacità di (i)

¹¹¹ Final Report azione 8-10. par. 1.90-1.99.

decidere se assumere o meno un rischio, (ii) decidere come reagire ai rischi che possono sorgere in relazione ad un'opportunità commerciale, (iii) decidere e adottare le misure necessarie per attenuare il rischio¹¹².

Per quanto riguarda la capacità finanziaria di assumere il rischio, l'impresa che assume il rischio deve avere accesso alla disponibilità finanziaria necessaria per svolgere le funzioni connesse all'assunzione e alla dismissione del rischio nonché alla sua attenuazione e deve essere in grado di sopportare le conseguenze finanziarie del verificarsi del rischio stesso.

Non è necessario che l'impresa disponga di fondi propri per sopportare tutte le conseguenze negative connesse ai rischi. Tuttavia, essa deve avere in ogni caso la capacità potenziale di accedere ai finanziamenti necessari, avendo riguardo ai parametri che sarebbero richiesti ad un'impresa terza indipendente in termini di attività e struttura dello stato patrimoniale.

Il report BEPS delinea i differenti passaggi che dovrebbero essere seguiti nell'analisi dei rischi.

Innanzitutto, i rischi economicamente significativi devono essere specificatamente individuati. In questo senso, le disposizioni contrattuali vengono considerate il punto di partenza di un'analisi fattuale finalizzata a verificare quale parte effettivamente sostenga il rischio, ne abbia il controllo e abbia la capacità finanziaria di sostenerlo.

Se la parte alla quale è contrattualmente assegnato il rischio in realtà non lo controlla o non ha la capacità finanziaria di sostenerlo, ai fini del *transfer pricing* il rischio deve essere

¹¹² Final Report Azione 8-10, par. 1.99.

attribuito all'impresa che effettivamente lo controlla e ha la capacità finanziaria di sostenerlo.

Il report riconosce che lo stesso rischio può essere controllato da due o più imprese¹¹³, lasciando intendere che l'impresa che assume contrattualmente il rischio non deve necessariamente assumere tutte le decisioni relative alla gestione del rischio per soddisfare il requisito del controllo sul rischio.

Il report, però, non chiarisce quante e quali decisioni relative al controllo del rischio debbano essere necessariamente adottate dall'impresa per veder attribuito il rischio con certezza. Nel caso in cui il rischio sia controllato da più imprese, secondo il report, questo dovrebbe essere assegnato all'impresa del gruppo che esercita il maggior numero di funzioni connesse al controllo del rischio.

Lo stesso report suggerisce che l'impresa alla quale il rischio è assegnato per contratto dovrebbe remunerare le altre imprese che svolgono parte delle funzioni legate al controllo del rischio. Anche in questo caso, tuttavia, mancano chiare indicazioni sul modo in cui tale compartecipazione al rischio dovrebbe essere remunerata.

Tutte queste incertezze non sono irrilevanti laddove si consideri che la condivisione dei rischi è la regola nelle transazioni tra parti indipendenti. Non è chiaro se il report raccomandi di considerare valida tale regola anche nelle transazioni tra imprese associate.

Da un lato, infatti, se le nuove disposizioni dovessero essere interpretate nel senso che la condivisione dei rischi deve considerarsi la regola, allora vi sarebbe sempre la necessità di remunerare le consociate per la propria compartecipazione al

¹¹³ Final Report azioni 8-10, par. 1.93

controllo, con conseguente aumento del rischio di contenziosi tra contribuenti e amministrazioni fiscali.

Dall'altro lato, se le stesse disposizioni dovessero essere interpretate nel senso di permettere che i rischi siano allocati per intero ad un'unica impresa anche se questa esercita solo una parte delle funzioni connesse della gestione del rischio, allora si dovrebbe probabilmente concludere che non si è raggiunto l'obiettivo di contrastare efficacemente la problematica della separazione del rischio dall'attività economica sottostante.

In ogni caso, non si può non notare che l'applicazione pratica dei principi disegnati per la gestione del rischio appare assai difficoltosa in quanto connessa ad assunzioni arbitrarie di difficile misurazione.

5. Il trattamento dei beni *intangibles*.

Un'altra criticità che era stata individuata dal piano di azione e su cui si sono concentrati i lavori del progetto BEPS è quella relativa al trattamento dei beni *intangibles* nel contesto dei prezzi di trasferimento.

La preoccupazione ruotava intorno al fatto che i beni *intangibles* possono essere facilmente trasferiti, molto spesso in una fase in cui essi non sono ancora del tutto sviluppati. Inoltre, le operazioni di trasferimento degli *intangibles* avvengono sovente solo sulla carta, attraverso la sottoscrizione di *Cost Contribution Agreements* (CCAs) che permettono ad un'impresa di acquisire la contitolarità economica dell'*intangible* in cambio di apporti di capitale e dei finanziamenti necessari per lo sviluppo dello stesso.

A causa dei rischi connessi allo sviluppo dell'*intangibile* e delle infinite variabili che ne determinano il successo e quindi la redditività, stimare il valore dell'*intangibile* all'atto del trasferimento, specie se ancora in fase di sviluppo, è risultato da sempre difficile.

Le multinazionali hanno dimostrato la tendenza a sottostimare il valore degli *intangibles* in fase di sviluppo in modo da poterli trasferire a prezzi vantaggiosi in giurisdizioni a bassa fiscalità e far confluire in queste ultime le *royalty* e i profitti connessi all'utilizzo dell'*intangibile* una volta completato. Spesso, il prezzo pagato per trasferire un *intangibile intercompany* veniva determinato prendendo come riferimento le sole spese di ricerca e sviluppo sostenute, senza valorizzare il fatto che il profitto potenziale dell'*intangibile* una volta immesso nel mercato poteva essere un multiplo di tali spese.

Il piano di azione OCSE riconosceva la necessità di affrontare tali fattispecie creando nuove linee guida, specie con riferimento ai c.d. *hard to value intangibles* e all'utilizzo dei *cost sharing agreements*¹¹⁴.

Il report BEPS introduce innanzitutto una nuova definizione di bene *intangibile* ai fini del transfer pricing: “*qualcosa che non è un bene fisico o finanziario, che può essere posseduto o controllato per essere utilizzato in attività commerciali, e per il cui utilizzo o trasferimento un terzo indipendente sarebbe disposto a pagare un corrispettivo*”¹¹⁵.

¹¹⁴ Action plan, p. 20.

¹¹⁵ Final Report azioni 8-10, par. 6.6.

Il report BEPS specifica, inoltre, che gli *intangibles* non devono essere necessariamente iscritti a bilancio o considerati come attività da un punto di vista contabile.

La parte più controversa del report è probabilmente quella che riguarda la relazione tra la proprietà del bene *intangibile* e la titolarità dei profitti derivanti dallo sfruttamento dell'*intangibile*. La prima versione del report prevedeva che i profitti derivanti dagli *intangibles* fossero ripartiti tra tutte le imprese che apportavano contributi economici rilevanti allo sviluppo dell'*intangibile*, indipendentemente dalla titolarità giuridica dello stesso. Durante la discussione, però, ha prevalso la posizione di chi sosteneva che tale approccio correva il rischio di determinare attribuzioni di profitto del tutto arbitrarie.

Il report finale abbandona la precedente impostazione e riconosce che la titolarità giuridica dell'*intangibile* deve essere il punto di partenza dell'esame dei prezzi di trasferimento che coinvolgono gli *intangibles*¹¹⁶. Ciononostante, il report precisa ulteriormente che la titolarità giuridica non attribuisce automaticamente l'esclusiva titolarità sul profitto derivante dallo sfruttamento dell'*intangibile* in quanto è necessario compensare, in base all'*arm's length*, anche le altre entità del gruppo che contribuiscono allo sviluppo e in genere alla creazione del valore dell'*intangibile*¹¹⁷.

Tale compensazione può assumere la forma di una compartecipazione agli utili e può richiedere l'utilizzo del *profit split method*.

¹¹⁶ Final Report azioni 8-10, par. 6.35.

¹¹⁷ Final Report azioni 8-10, par. 6.42-6.43.

Analogamente a quanto visto nel paragrafo precedente per i rischi, anche con riferimento agli *intangibles* la titolarità del profitto viene assegnata al soggetto che effettivamente controlla le funzioni di sviluppo, mantenimento e protezione degli *intangibles*. Questo al fine di evitare, per quanto possibile, che la titolarità del profitto venga separata dalle attività che contribuiscono a creare valore. Ancora una volta, le nuove linee guida, sebbene mosse da condivisibili intenzioni, sembrano di difficile applicazione pratica.

Con riferimento al prezzo da pagare per il trasferimento degli *intangibles*, il report, dopo aver ammesso le difficoltà connesse alla valutazione degli *intangibles*, concede larghe aperture a tecniche di valutazioni economiche e finanziarie che vanno ben oltre i cinque metodi di transfer pricing tradizionali.

Qualche autore¹¹⁸ ha correttamente ravvisato in tale approccio un allontanamento dall'*arm's length principle* e dalla pura analisi di comparabilità con transazioni tra parti indipendenti, che ne caratterizza l'applicazione.

Il report BEPS ha altresì sviluppato una sezione dedicata ai c.d. *hard to value intangibles* che, nelle intenzioni, doveva affrontare la problematica del trasferimento degli *intangibles* solo parzialmente sviluppati. La premessa da cui muove questa nuova sezione è che molto spesso gli *intangibles* che sono ancora in fase di sviluppo vengono trasferiti a prezzi relativamente bassi in ragione della asserita incertezza in merito al successo del loro completamento. La prassi ha dimostrato che, in realtà, molto spesso gli *intangibles* trasferiti in fase di sviluppo producono, una volta completati, notevoli ritorni economici a favore di entità del gruppo che non hanno contribuito, se non in misura marginale, al loro sviluppo.

¹¹⁸ R. COLLIER - J. ANDRUS, *op. cit.*, Oxford 2017, p. 216.

Tale situazione, identificata come una possibile fonte di erosione arbitraria della base imponibile, è caratterizzata in molti casi da un'asimmetria informativa tra il contribuente (che dispone dei dati interni ed è quindi a conoscenza della reale potenzialità dell'*intangible*) e l'amministrazione fiscale (che non dispone di tali informazioni).

Per affrontare tale situazione, il report BEPS suggerisce¹¹⁹ di assumere un approccio *ex-post* nella determinazione del prezzo di trasferimento di un *intangible hard to value*, in deroga alla regola generale. Segnatamente, qualora la valutazione *ex post* (eseguita, cioè, in un momento successivo rispetto al trasferimento, ovvero sia quando lo sviluppo dell'*intangible* è completato) dimostri che l'*intangible* ha un valore *actual* diverso da quello stimato all'atto del trasferimento, l'amministrazione fiscale è legittimata a rettificare il valore dichiarato dal contribuente, salvo che questi dimostri che le differenze di valore sono dovute ad eventi imprevedibili.

Al fine di evitare la separazione dell'attività necessaria per creare il valore dell'*intangible* dal profitto ricavabile dall'utilizzo dello stesso *intangible* per il tramite dei CCAs, il report BEPS riscrive interamente il capitolo VIII delle linee guida dedicato a tali accordi.

In sostanza, tutti i concetti sviluppati in relazione ai rischi e alla valutazione degli *intangibles* devono trovare applicazione anche se il trasferimento dei beni immateriali avviene per il tramite di CCAs. Il report prescrive, inoltre, che il contributo di ciascun partecipante al CCA sia valutato non sulla base dei costi ma a valore di mercato.

¹¹⁹ Final report azioni 8-10, par. 6.191.

6. La documentazione di transfer pricing e il *Country-by-Country Reporting*.

Una menzione particolare merita l’Azione 13 del progetto BEPS per le importanti novità che ha prodotto in termini di documentazione e reportistica collegata al transfer pricing.

Tale Azione muoveva da due necessità: da un lato, il desiderio di introdurre un meccanismo di reportistica che consentisse di tracciare le aree geografiche dove i profitti delle multinazionali sono riportati e, dall’altro, la necessità uniformare le regole sulla documentazione di transfer pricing.

A tal fine, il report BEPS suggerisce di introdurre l’obbligo delle multinazionali di compilare il *country by country report* in cui devono riportare per ogni giurisdizione in cui operano l’ammontare dei ricavi, dei costi, dei profitti e delle tasse pagate oltre ad alcuni indicatori economici, quali il numero dei lavoratori e il valore degli assets. La capogruppo è obbligata a riportare anche la lista di tutte le consociate con l’indicazione della natura delle attività economiche esercitate da ciascuna entità.

Il report BEPS contiene una serie di regole che le amministrazioni fiscali dovrebbero seguire nello scambio dei *country by country report* e sottolinea sia l’importanza della confidenzialità sia il fatto che le informazioni ivi contenute se da un lato possono essere utilizzate per effettuare una valutazione del rischio, dall’altro non devono essere utilizzate per effettuare aggiustamenti di transfer pricing senza ulteriori verifiche¹²⁰.

Con riferimento alla documentazione di transfer pricing, il report dell’Azione 13 uniforma le informazioni contenute nel *master file*

¹²⁰ Final report azione 13, par. 57-59.

che dovrebbe offrire una panoramica generale della struttura del gruppo nonché una descrizione del business globale con indicazione dei beni *intangibles* utilizzati.

In aggiunta al *master file*, deve essere preparato anche un *local file* contenente le informazioni di dettaglio e la descrizione dell'analisi funzionale delle entità del gruppo presenti in una determinata giurisdizione.

Una volta implementate nelle legislazioni nazionali, tali disposizioni sugli oneri documentali potrebbero essere di grande utilità per le amministrazioni fiscali nel controllo delle politiche di transfer pricing.

7. Conclusioni preliminari.

L'obiettivo generale del progetto BEPS era quello di allineare potestà impositiva e creazione del valore al fine di assicurare che il profitto sia tassato nelle giurisdizioni ove sono svolte le attività economiche che creano il valore e, per l'effetto, il profitto stesso.

Anche i lavori BEPS sul *transfer pricing* sono stati orientati a tal fine. Infatti, sia il tentativo di allineare i rischi con le funzioni necessarie per il loro controllo sia quello di connettere il profitto degli *intangibles* con le funzioni necessarie al loro sviluppo e finanche la delineazione della transazione in funzione della reale condotta delle parti sono finalizzati ad assicurare che il profitto venga tassato nel Paese in cui sono esercitate le attività che lo hanno generato.

É ancora prematuro stabilire se le modifiche alle linee guida OCSE proposte dai report BEPS saranno in grado di raggiungere

l'obiettivo prefissato, tuttavia pare indiscutibile che la complessità dell'*arm's length principle* sia aumentata.

La complessità deriva dal livello di dettaglio della comprensione dei fatti che le modifiche BEPS impongono di raggiungere nel compimento dell'analisi funzionale. Nel delineare le transazioni, infatti, tanto i contribuenti quanto le amministrazioni finanziarie non potranno più limitarsi alle disposizioni contrattuali ma dovranno spingersi oltre per individuare la reale condotta delle parti.

In particolare, l'analisi di *transfer pricing* dovrà concentrarsi sui rischi al fine di verificare se all'assunzione degli stessi in sede contrattuale corrisponda un'effettiva capacità gestionale e finanziaria del soggetto che se ne prende carico.

Non solo, qualora si verifichi che l'impresa ha la capacità di assumere le decisioni rilevanti della gestione dei rischi, è altresì necessario escludere la compartecipazione di altre imprese associate nella gestione del rischio perché, in caso contrario, tale compartecipazione dovrebbe essere remunerata secondo modalità che peraltro rimangono poco chiare.

L'altra questione connessa al maggior livello di dettaglio dell'analisi fattuale concerne la comparabilità delle transazioni in verifica con le transazioni tra parti indipendenti.

Anche in questo caso, infatti, è richiesto un maggior livello di dettaglio nell'analisi funzionale non solo della *tested party* ma anche delle entità indipendenti potenzialmente comparabili. Analisi funzionale che, come sopra ricordato, dovrà necessariamente approfondire anche i rischi assunti dalla *tested party* e dalle entità indipendenti. Il rischio è quello di trasformare la ricerca dei

comparabili, già di per sé complicata, in una vera e propria ricerca del Santo Graal.

Le cose non sono meno complesse neppure con riguardo alla nuova disciplina sugli *intangibles*. Secondo i nuovi orientamenti, è necessario identificare in dettaglio la natura degli *intangibles* e il contributo economico apportato da tutte le entità del gruppo, prescindendo, se del caso, dalla mera proprietà legale. Nel caso di trasferimento di *intangibles hard to value*, la cui definizione è già di per sé poco chiara, sarà poi necessario confrontare la valutazione effettuata al momento del trasferimento con una valutazione *ex post* e identificare i motivi delle eventuali divergenze emerse.

L'introduzione di queste ulteriori complessità alla definizione e attuazione dell'*arm's length principle*, già in precedenza fonte di molte incertezze, può essere meritevole dal punto di vista teorico, ma sul piano applicativo rende il principio difficile se non impossibile da governare e pare destinata ad alzare il livello di conflittualità non solo tra amministrazioni fiscali e contribuente, ma anche tra amministrazioni fiscali stesse

CAPITOLO IV

L'ARM'S LENGTH PRINCIPLE E LE LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE NEL MERCATO INTERNO

*“Dance partners who are both married
to someone else, do not dance cheek to cheek, but
at an arm's length distance from each other”*

Ben J.M. Terra & Peter J. Wattel¹²¹

Sommario: 1. L'*arm's length principle* nel diritto dell'Unione Europea. – 2. La relazione tra l'*arm's length principle* e le libertà di circolazione nel mercato interno. – 3. I casi relativi al transfer pricing nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. – 4. La natura discriminatoria o restrittiva delle norme di transfer pricing. – 5. Le giustificazioni ammesse dalla Corte di Giustizia. – 6. Il *proportionality test* applicato alle norme di transfer pricing - 7. Conclusioni preliminari.

¹²¹ TERRA – WATTEL, *European Tax Law*, sesta edizione, 2012, p. 704.

1. L'*arm's length principle* nel diritto dell'Unione Europea.

L'*arm's length* è un principio riconosciuto e applicato dalla Corte di giustizia e dalla Commissione Europea.

Come si analizzerà dettagliatamente nel prosieguo di questo capitolo, la Corte di giustizia ha fatto ricorso al principio dell'*arm's length* nell'ambito della giurisprudenza sulle possibili giustificazioni alle misure restrittive delle libertà di circolazione nel mercato interno e, segnatamente, del diritto di stabilimento. A partire dalla sentenza *Thin Cap*¹²² in avanti, infatti, la Corte ha riconosciuto che le transazioni *cross-border* non conformi all'*arm's length principle* si possono presumere elusive a condizione, però, che il contribuente sia posto nella condizione di provare l'esistenza di eventuali cause di giustificazione, ossia valide ragioni commerciali idonee a derogare al principio stesso.

Dall'altro lato, la Commissione Europea, nell'ambito delle indagini sugli aiuti di stato, ha applicato il principio allo scopo di contrastare la concorrenza fiscale sleale degli Stati membri, ossia di prevenire riduzioni agevolative della base imponibile che, in quanto producano effetti selettivi di distorsione della concorrenza tra imprese, risultano indebite.

Nonostante l'ampio ricorso al principio sia da parte della Corte che della Commissione, lo stesso non risulta codificato, o perlomeno non definito in modo esplicito all'interno di alcuna disposizione di diritto europeo.

¹²² Corte di Giustizia, *Test Claimants in the thin cap group litigation*, causa C-524/04, sentenza del 13 marzo 2007.

Fa eccezione l'art. 4 della Convenzione arbitrale UE (90/436/CEE)¹²³ il quale, nel definire i principi da applicarsi alla convenzione stessa, riporta fedelmente la definizione dell'*arm's length principle* contenuta nell'art. 9 del Modello di Convenzione OCSE contro le doppie imposizioni.

Inoltre, il principio dell'*arm's length* è richiamato in più parti nella direttiva ATAD¹²⁴.

Al punto 14 del preambolo, per esempio, è espressamente previsto che “[...] *l'attuazione delle norme contro l'elusione fiscale contemplate nella presente direttiva non deve pregiudicare l'obbligo dei contribuenti di rispettare il principio dell'arm's length [..]*”.

Il comma 2 dell'art. 8 della stessa Direttiva prescrive che nel calcolare il reddito della società controllata estera (CFC) “[...] *L'attribuzione dei redditi di una società controllata estera è calcolata secondo il principio dell'arm's length*”.

Infine, l'art. 5 sull'imposizione in uscita (*exit taxation*) dopo aver disposto, al comma 1, che il contribuente è soggetto ad imposta su un importo pari alla differenza tra “valore di mercato” al momento dell'uscita degli attivi trasferiti e il loro valore ai fini fiscali, al comma 6 puntualizza che per “valore di mercato” si intende l'importo in cambio del quale un attivo può essere scambiato o reciproche obbligazioni possono essere fissate tra acquirenti e venditori indipendenti e disponibili nel quadro di una transazione diretta.

¹²³ Convenzione relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili di imprese associate (90/436/CEE).

¹²⁴ Direttiva (UE) 2016/1164 del Consiglio del 12 luglio 2016 recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno.

Tuttavia, come detto, il principio in esame non trova una vera e propria compiuta codificazione a livello di legislazione europea.

A livello unionale l'interpretazione e l'implementazione del principio è avvenuta per lo più in via di *soft law* grazie ai lavori del *Joint Transfer Pricing Forum*¹²⁵.

Il Forum è stato costituito informalmente nel 2002¹²⁶ allo scopo di proporre alla Commissione Europea soluzioni non legislative alle problematiche di *transfer pricing* emergenti su scala europea dalla prassi applicativa.

Sebbene il *transfer pricing* non costituisca oggetto di direttive di armonizzazione, tutti gli Stati Membri hanno adottato all'interno delle proprie legislazioni l'*arm's length principle*¹²⁷. Il Forum rappresenta un unicum nel suo genere in quanto è composto oltre che da rappresentanti governativi degli Stati Membri anche da rappresentanti del mondo del *business*, del mondo accademico e di organizzazioni non governative che, sulla base della regola del *consensus*, approvano Report e raccomandazioni successivamente incluse in comunicazioni della Commissione al Consiglio da cui ricevono l'*endorsement*.

Tra i lavori del Forum vanno menzionati i lavori preparatori sulla documentazione di *transfer pricing* contenuti nella Comunicazione

¹²⁵ Vedi le informazioni reperibili al link:

https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/transfer-pricing-eu-context/joint-transfer-pricing-forum_en#heading_1

¹²⁶ Comunicato stampa IP/02/1105 del 19 luglio 2012 reperibile al link:

http://europa.eu/rapid/press-release_IP-02-1105_en.htm?locale=en

¹²⁷ Nel sito del Forum per ogni Paese membro è possibile visualizzare un *country profile* che descrive la legislazione nazionale in tema di *transfer pricing*.

del 10 novembre 2005¹²⁸ che hanno posto le basi per la Risoluzione del Consiglio del 27 giugno 2006. Questa ha standardizzato a livello europeo il contenuto della documentazione di *transfer pricing*, nonché le linee guida del 2007 sugli *advance pricing agreement* (APA)¹²⁹.

Un altro report di particolare importanza, che è stato replicato nella sostanza dall'OCSE nell'ambito del Progetto BEPS, è quello sui servizi a basso valore aggiunto, che è contenuto nella Comunicazione della Commissione Europea COM(2011)16¹³⁰. In tale report viene stabilito che, al fine di semplificare l'applicazione dell'*arm's length* ed evitare eccessivi oneri amministrativi, per determinate categorie di servizi definiti a basso valore aggiunto

¹²⁸ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato Economico e Sociale Europeo relativa ai lavori svolti dal Forum congiunto dell'UE sui prezzi di trasferimento in materia di documentazione dei prezzi di trasferimento per le imprese associate nell'UE, Proposta di Codice di Condotta relativo alla documentazione dei prezzi di trasferimento per le imprese associate nell'UE (presentata dalla Commissione), Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato Economico e Sociale Europeo relativa ai lavori svolti dal Forum congiunto dell'UE sui prezzi di trasferimento in materia di documentazione dei prezzi di trasferimento per le imprese associate nell'UE, COM(2005) 543 definitivo del 7.11.2005. Disponibile dal sito: <https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/193494>

¹²⁹ Commission Staff Working Document Report prepared by the EU Joint Transfer Pricing Forum accompanying document to the Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee on the work of the EU Joint Transfer Pricing Forum in the field of dispute avoidance and resolution procedures and on Guidelines for Advance Pricing Agreements within the EU, SEC(2007) 246 del 26.2.2007, scaricabile dal link: https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/company_tax/transfer_pricing/sec%282007%29246_en.pdf

¹³⁰ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee, on the work of the EU Joint Transfer Pricing Forum in the period April 2009 to June 2010 and related proposals 1. Guidelines on low value adding intra-group services and 2. Potential approaches to non-EU triangular cases, COM(2011) 16 final del 25.1.2011, scaricabile dal sito: https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/company_tax/transfer_pricing/forum/c_2011_16_en.pdf

dovrebbe essere riconosciuto un *mark up* compreso tra il 3-10% con una mediana del 5%, senza necessità di ricorrere ad un'analisi di *benchmark*.

2. La relazione tra la disciplina dei prezzi di trasferimento e le libertà di circolazione nel mercato interno.

Una questione che l'*arm's length* solleva specificamente nel contesto del diritto dell'UE, è quella concernente l'interazione tra le normative nazionali sul *transfer pricing* e le libertà fondamentali previste dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione.

Per principio giurisprudenziale consolidato, infatti, sebbene la materia delle imposte dirette ricada nella competenza esclusiva degli Stati membri, essi devono esercitarla nel rispetto del diritto dell'Unione Europea e, in particolare, delle libertà fondamentali del mercato interno¹³¹.

Come noto, il Trattato sancisce la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali e pagamenti all'interno del mercato unico europeo.

Per quanto riguarda la libera circolazione delle merci, essa è assicurata dalle disposizioni sull'unione doganale (artt. 28 ss. TFUE)¹³², sul divieto di imposizioni interne discriminatorie o protezionistiche (art. 110 TFUE) e sul divieto di restrizioni all'importazione e all'esportazione e delle misure di effetto equivalente (artt. 34 ss. TFUE).

¹³¹ *Ex multis*, Corte di Giustizia, *Commission v France*, C-270/83, sentenza del 28 gennaio 1986.

¹³² L'art. 28 TFUE sancisce il divieto, fra gli Stati membri, dei dazi doganali all'importazione e all'esportazione e di qualsiasi tassa di effetto equivalente e prevede l'adozione di una tariffa doganale comune nei loro rapporti con i Paesi terzi.

Quanto alla libera circolazione delle persone, essa è declinata nella libertà di movimento dei lavoratori, nella libertà di stabilimento e, più in generale, nel diritto di ogni cittadino europeo di muoversi e di soggiornare liberamente negli Stati membri dell'Unione.

Per quanto attiene alla libertà di movimento dei lavoratori subordinati, l'art. 45 e seguenti del TFEU proibisce trattamenti fiscali discriminatori in base alla nazionalità.

Ai sensi dell'art. 49 e seguenti del TFEU, la libertà di stabilimento trova applicazione tanto nei confronti delle persone fisiche quanto delle persone giuridiche. Le persone fisiche hanno il diritto di esercitare la propria attività economica autonoma in uno Stato membro diverso da quello di origine senza subire discriminazioni né restrizioni rispetto ai cittadini di quello Stato. Le persone giuridiche hanno il diritto di condurre la propria attività economica in un altro Stato Membro e di costituire e gestire agenzie, succursali e filiali (cd. diritto di stabilimento secondario).

L'art. 21, inoltre, sancisce il diritto generale di ogni cittadino dell'Unione (compresi i soggetti inattivi) di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

L'art. 56 garantisce la libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione vietando, anche in questo, discriminazioni nei confronti dei cittadini europei stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione.

Infine, la libera circolazione dei capitali e pagamenti è prevista dall'art. 63 TFUE che proibisce le restrizioni ai movimenti di capitali non solo nei rapporti tra Stati membri, ma anche tra Stati membri e Paesi terzi.

Nell'applicazione delle libertà fondamentali, un ruolo centrale è svolto dal principio di non discriminazione, in relazione al quale la Corte di Giustizia ha svolto una considerevole attività interpretativa. Dalle disposizioni sopra richiamate, infatti, essa ha ricavato non solo il principio di non discriminazione ma anche il divieto di qualsiasi misura avente l'effetto di ostacolare, restringere o rendere più oneroso l'esercizio delle libertà di circolazione¹³³.

L'obbligo di rispettare le libertà fondamentali implica il divieto per gli Stati membri di trattare diversamente le situazioni transfrontaliere e le situazioni puramente domestiche che siano oggettivamente comparabili o di trattare allo stesso modo situazioni simili, oltre che il divieto di adottare qualsiasi misura non discriminatoria ma ugualmente restrittiva delle libertà medesime.

Ciò premesso, è sorta la necessità di valutare se le normative di *transfer pricing* di alcuni Stati Membri, che siano applicabili solo alle transazioni *cross-border* e non anche alle transazioni interne tra parti correlate (c.d. *transfer pricing* interno), possano essere considerate discriminatorie.

La Corte di Giustizia dell'Unione è stata chiamata a chiarire se sussista una discriminazione laddove l'obbligo di rispettare l'*arm's length principle* sia imposto unicamente al contribuente che svolga

¹³³ Per un'analisi approfondita dell'evoluzione del principio di non discriminazione si rimanda a G. BIZZIOLI in DI PIETRO-TASSANI (a cura di), *I principi europei del diritto tributario*, Padova 2014, p. 201 ss.; G. BIZZIOLI in SACCHETTO (a cura di), *Principi di diritto Tributario europeo e internazionale*, 2011 p. 99 ss, F. AMATUCCI, *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padova, 2003, pp. 185 ss.; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2003, pp. 356 ss., L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, 2005, pp. 75 ss.

attività *cross-border* e non anche al contribuente che conduca attività puramente domestiche ¹³⁴.

Prima di procedere ad esaminare la giurisprudenza comunitaria, occorre ricordare che la Corte segue uno schema logico argomentativo articolato in quattro passaggi per giudicare la compatibilità di una disposizione nazionale con le libertà garantite dal trattato (cd. *rule of reason test*)¹³⁵.

In primo luogo, la Corte valuta se il caso rientri nell'ambito di applicazione della normativa sulle libertà fondamentali.

A tal fine, è richiesto che la disposizione contenga un elemento *cross-border*. Infatti, mentre la tassazione di attività puramente domestiche in linea di principio non rileva ai fini del diritto europeo, il rispetto delle libertà fondamentali impone, come detto, che non vi sia discriminazione tra attività domestiche e transfrontaliere.

In secondo luogo, la Corte verifica se la fattispecie *cross-border* sia comparabile con una fattispecie puramente domestica. Il principio di non discriminazione impone che situazioni comparabili non siano trattate in modo differente e che situazioni differenti non siano trattate allo stesso modo¹³⁶. Se le situazioni sono comparabili, perciò, la Corte valuta se le attività *cross-border* siano trattate in modo meno vantaggioso rispetto alle attività domestiche.

¹³⁴ Cfr. Corte di giustizia, *Lankhorst-Hohorst*, causa C-324/00, sentenza del 12 dicembre 2002 e Corte di Giustizia, *Test Claimants in the thin cap group litigation*, causa C-524/04, sentenza del 13 marzo 2007.

¹³⁵ In questo senso vedi LANG/PISTONE/SCHUCH/STARINGER, *Introduction to European Tax Law on direct taxation*, Linde 2018, pag 64 e seg.

¹³⁶ In tal senso, v. Corte di giustizia, *Kerckharet-Morres*, causa C-513/04, sentenza del 14 novembre 2006, par. 19.

Nel caso in cui la Corte di Giustizia riscontri che effettivamente una situazione *cross-border* è trattata in modo deteriore rispetto ad una situazione domestica in violazione del principio di non discriminazione, essa esamina se tale violazione possa essere giustificata da una ragione imperativa di interesse generale meritevole di essere riconosciuta e protetta.

Tra le giustificazioni in materia fiscale ammesse dalla Corte (nonostante l'assenza di codificazione nel Trattato)¹³⁷ vale la pena menzionare l'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri (*balanced allocation of taxing power*), stante la sua rilevanza nell'esame delle sentenze sul *transfer pricing*.

Questa giustificazione è stata accettata per la prima volta nel caso *Marks & Spencer*¹³⁸ ma in combinazione con altre ragioni (l'esigenza di assicurare che le perdite non siano dedotte due volte e la prevenzione dell'evasione fiscale). In seguito, nel caso *Oy AA*¹³⁹, la Corte ha accettato la giustificazione della ripartizione equilibrata del potere impositivo in combinazione con l'esigenza di prevenire l'evasione fiscale. Infine, nel caso *X Holding*¹⁴⁰, la Corte sembra essere andata oltre, avendo accettato apparentemente l'equilibrata ripartizione del potere impositivo come unica giustificazione della normativa nazionale.

¹³⁷ Per una disamina più estesa delle cause di giustificazione vagliate dalla Corte di Giustizia, cfr. LANG – PISTONE – SCHUCH - STARINGER, *Introduction to European Tax Law on direct taxation*, Linde, 2018, p. 86 ss.

¹³⁸ Corte di giustizia, *Mark & Spencer*, causa C-446/03, sentenza del 13 dicembre 2005, par. 43-51.

¹³⁹ Corte di giustizia, *Oy AA*, causa C-231/05, sentenza del 18 luglio 2007, par. 60.

¹⁴⁰ Corte di giustizia, *X Holding*, causa C-337/08, sentenza del 25 febbraio 2010, par. 31.

Da ultimo, la Corte valuta se la normativa sia proporzionata allo scopo legittimamente perseguito. Nell'eseguire il c.d. *proportionality test*, la Corte valuta se sono soddisfatte tre condizioni. La normativa, infatti, deve essere idonea a proteggere il più alto principio considerato meritevole di protezione, deve essere necessaria (i.e. non deve risultare sostituibile da altra misura ugualmente idonea ma meno pregiudizievole per le libertà di circolazione) e non deve eccedere quanto necessario per realizzare tale protezione (cd. proporzionalità *stricto sensu*).

Nei paragrafi seguenti, si analizzeranno le sentenze della Corte di Giustizia che hanno affrontato la questione della compatibilità con le libertà previste dal Trattato delle norme nazionali di *transfer pricing*, in particolare di quelle che hanno implementato l'*arm's length standard*.

Nell'analisi del *Case Law* si ripercorrerà lo schema argomentativo utilizzato dalla Corte come sopra descritto, nel tentativo di comprendere non solo quale sia la relazione tra il principio dell'*arm's length* e le libertà fondamentali ma anche quale sia l'interpretazione del principio offerta dalla Corte.

3. I casi relativi al *transfer pricing* nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Nella giurisprudenza europea si riscontrano quattro sentenze che hanno riguardato, più o meno direttamente, le norme di transfer pricing.

L'analisi dei casi *Lankhorst-Hohorst GmbH*¹⁴¹ del 2002, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*¹⁴² del 2007, *Société Industrielle de Gestion*¹⁴³ del 2010 e più recentemente del caso *Hornbach- Baumarkt*¹⁴⁴ del 2018 dimostra come la Corte abbia gradualmente cercato di riconciliare i principi del *transfer pricing*, in particolare l'*arm's length* standard, con le libertà fondamentali garantite dai Trattati.

Prima di approfondire l'evoluzione del ragionamento della Corte, si ritiene necessario richiamare i fatti di causa.

Il caso *Lankhorst-Hohorst GmbH* non riguardava direttamente il fenomeno di *transfer pricing* bensì la compatibilità con il diritto europeo della normativa tedesca sulla c.d. *thin capitalization*, una normativa comune in molte giurisdizioni che, come quella in materia di *transfer pricing*, mira a difendere la base imponibile nazionale e a prevenire il *profit shifting*.

In base alla legislazione fiscale tedesca vigente all'epoca dei fatti, gli interessi per il capitale di debito, assunto da una società soggetta ad imposta ricevuti da parte di un azionista di controllo non avente diritto al credito d'imposta (sui dividendi della controllata, al fine di evitare la doppia imposizione economica), erano considerati una distribuzione dissimulata di utili nel caso in cui il capitale di debito relativo a tali interessi superasse il triplo del capitale di rischio e salvo che il finanziamento fosse finalizzato

¹⁴¹ Corte di giustizia, *Lankhorst-Hohorst*, causa C-324/00, sentenza del 12 dicembre 2002.

¹⁴² Corte di Giustizia, *Test Claimants in the Thin Cap Group litigation*, causa C-524/04, sentenza del 13 marzo 2007.

¹⁴³ Corte di Giustizia, *Société Industrielle de Gestion (SGI)*, causa C-311/08, sentenza del 21 gennaio 2010.

¹⁴⁴ Corte di giustizia, *Hornbach- Baumarkt*, causa C-382/16, sentenza del 31 maggio 2018.

a porre in essere normali operazioni bancarie o che la debitrice potesse dimostrare di aver potuto ottenere tale finanziamento anche da un terzo non associato¹⁴⁵.

Tale ultima disposizione ricordava per certi versi l'*arm's length principle* nella parte in cui richiedeva che le transazioni tra parti correlate avvenissero a condizioni di mercato.

La normativa così delineata operava, di fatto, solo nei confronti degli azionisti non residenti (gli unici esclusi dal credito di imposta) in quanto non trovava applicazione nel caso in cui il finanziamento fosse concesso da un azionista residente in Germania.

La norma sulla *thin cap*, comune in molti ordinamenti, ha chiaramente uno scopo antielusivo siccome volta ad evitare il trasferimento di reddito all'estero mediante pratiche di "sotto-capitalizzazione". È evidente, infatti, che, a parità di condizioni, è fiscalmente più vantaggioso assicurare il finanziamento di una controllata con un prestito piuttosto che con conferimenti di capitale. In questo modo, gli utili sono trasferiti alla capogruppo sotto forma di interessi deducibili anziché in forma di dividendi non deducibili dalla controllata.

Nel caso analizzato dalla Corte, la società tedesca *Lankhorst-Hohorst*, che si trovava in situazione di dissesto finanziario, aveva ricevuto dal proprio azionista unico, una società residente in Olanda, un cospicuo finanziamento con cui ripianare la propria esposizione debitoria.

¹⁴⁵ P. ROSSI MECCANICO, *Il caso Lankhorst-Honorst ed il vecchio e nuovo dibattito in tema di regole di thin capitalization nel sistema internazionale di tassazione dei redditi*, in *Fisco*, 2002, fasc. 48, p. 7597.

L'amministrazione fiscale tedesca, in applicazione della normativa sulla *thin capitalization*, aveva negato la deduzione degli interessi sul finanziamento (applicati al tasso del 4,5%) generando il contenzioso che il giudice tedesco ha rimesso alla Corte di Giustizia.

Il Giudice del rinvio ha chiesto alla Corte se la normativa in questione, applicabile, come ricordato, solo ai finanziamenti ricevuti da una consociata non residente e non anche ai finanziamenti ricevuti da una consociata residente, fosse conforme al diritto dell'Unione Europea¹⁴⁶.

Il caso *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* riguardava, invece, la compatibilità con il diritto europeo delle disposizioni sulla *thin capitalization* del Regno Unito che limitavano la deduzione degli interessi passivi dei finanziamenti ricevuti da una consociata estera.

A differenza della normativa tedesca, la *thin cap* inglese prevedeva la riqualificazione degli interessi in dividendi solo per la parte in cui questi eccedevano l'*arm's length*. Tuttavia, anche in questo caso, essa veniva applicata alle sole operazioni di finanziamento ricevute da controllanti non residenti. La causa principale rientrava nel tipo di controversie denominato "*group litigation*" a titolo di sottocapitalizzazione («*Thin Cap Group Litigation*») e consisteva in varie domande di ripetizione e/o di compensazione presentate da gruppi di società nei confronti dei *Commissioners of Inland*

¹⁴⁶ Nel caso *Lankhorst-Hohorst* la questione pregiudiziale era così formulata: "Se il principio della libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro, ai sensi dell'art. 43 del Trattato che istituisce la Comunità europea, nella sua versione del 10 novembre 1997, vada interpretato nel senso che questo principio osta alla normativa nazionale di cui all'art. 8 a della legge relativa all'imposta sulle società" (par. 25).

Revenue proprio in applicazione del principio affermato nella sentenza *Lankhorst-Hohorst*.

Invocando l'applicazione del principio espresso in tale sentenza, infatti, alcune società avevano presentato domanda di rimborso all'amministrazione fiscale inglese relativamente agli svantaggi fiscali derivanti dall'applicazione nei loro confronti della normativa britannica, che non ammetteva la deduzione degli interessi pagati alle consociate estere.¹⁴⁷

In tale contesto, la *High Court of Justice (England & Wales) Chancery Division* aveva sospeso il giudizio instaurato e sottoposto alla Corte di Giustizia una serie di questioni pregiudiziali concernenti l'interpretazione del diritto di stabilimento, della libera prestazione dei servizi e della libera circolazione dei capitali¹⁴⁸.

Se i due casi sopra menzionati riguardavano solo indirettamente la normativa sul *transfer pricing*, nel caso *Société Industrielle de*

¹⁴⁷ Corte di Giustizia, *Thin Cap Group Litigation*, par. 21.

¹⁴⁸ In particolare, ai nostri fini, rilevano le seguenti questioni: “Se gli artt. 43 CE, 49 CE o 56 CE ostino a che uno Stato membro (lo “Stato della società mutuataria”) mantenga in vigore e applichi disposizioni quali quelle di cui agli artt. 209 e 212 e all'allegato 28 AA dell'ICTA; in prosieguo: le “disposizioni nazionali”) che impongono restrizioni alla possibilità per una società residente in tale Stato membro (la “società mutuataria”) di dedurre a fini fiscali interessi su prestiti concessi da una società controllante, in via diretta o indiretta, residente in un altro Stato membro, qualora, laddove la società controllante avesse avuto sede nello Stato della società mutuataria, quest'ultima non avrebbe subito restrizioni” (*Ibidem*, par. 21, pt 1) e “Se la soluzione alle questioni sarebbe diversa qualora si provasse che il prestito costituiva un abuso di diritto ovvero era parte di una costruzione artificiosa intesa a eludere la legislazione fiscale dello Stato membro della società mutuataria; in tal caso, quali indicazioni ritenga opportuno fornire la Corte di giustizia riguardo all'individuazione degli elementi costitutivi di un abuso di diritto o di una costruzione artificiosa del genere in casi come quello di specie” (*Ibidem*, par. 21, pt 3)

Gestion (SGI) la Corte, per la prima volta, ha affrontato direttamente la questione della compatibilità di tale disciplina con il diritto europeo.

Oggetto di valutazione risultava, infatti, essere la normativa belga sul *transfer pricing* che imponeva il rispetto dell'*arm's length principle* solo nelle transazioni con società non residenti.

Dai fatti di causa¹⁴⁹, risulta che la SGI, una società holding belga partecipata e amministrata dalla società lussemburghese Cobelpin SA, deteneva tra le proprie partecipazioni il 65% del capitale della società francese Recydem SA di cui era anche uno degli amministratori.

In pratica, la stessa persona fisica risultava essere l'amministratore delegato di SGI nonché membro del consiglio di amministrazione della controllata francese Recydem e della controllante lussemburghese Cobelpin.

Dai fatti di causa emerge che la società SGI, da un lato, prestava un finanziamento alla controllata francese Recydem senza reclamare alcun interesse e, dall'altro, pagava alla controllante lussemburghese Cobelpin ingenti somme a titolo di compenso per l'attività di amministratore. L'amministrazione fiscale belga notificava a SGI un avviso di accertamento con cui rettificava in aumento il reddito imponibile in conseguenza dell'aumento dei ricavi derivanti dagli interessi figurativi calcolati al tasso del 5% sul finanziamento concesso alla controllata francese, e al disconoscimento tra i costi delle somme corrisposte a titolo di compenso amministratore alla controllante lussemburghese.

¹⁴⁹ Sentenza *SGI*, par. 9-18.

Il relativo contenzioso veniva sospeso dal giudice belga che sottoponeva alla Corte di Giustizia alcune questioni pregiudiziali in merito alla compatibilità della suddetta normativa sul *transfer pricing* con il diritto di stabilimento e della libera circolazione dei capitali¹⁵⁰.

Parimenti, il caso *Hornbach-Baumarkt* riguardava espressamente la compatibilità della normativa sul *transfer pricing* (in questo caso tedesca) con il diritto europeo. In particolare, la normativa tedesca prevedeva la rettifica del reddito “*laddove i redditi del contribuente provenienti da rapporti commerciali con un soggetto prossimo al medesimo siano ridotti per aver il contribuente pattuito, nell’ambito di rapporti commerciali di tal genere verso l’estero, condizioni che si discostino da quelle che soggetti terzi tra loro indipendenti avrebbero concordato nell’ambito di rapporti*

¹⁵⁰ Cfr. “Se l’art.43 (...) CE, in combinato disposto con l’art.48[CE] e, se del caso, con l’art. 12 [CE], osti a una normativa di uno Stato membro che, come quella in esame, comporta l’imposizione fiscale su un beneficio straordinario o senza contropartita in capo alla società residente belga che abbia concesso detto beneficio ad una società stabilita in un altro Stato membro, nei cui confronti la società belga sia collegata, direttamente o indirettamente, da vincoli d’interdipendenza, quando invece, sussistendo condizioni identiche, la società residente belga non può essere assoggettata a imposizione su un beneficio straordinario o senza contropartita qualora detto beneficio sia concesso ad un’altra società stabilita in Belgio, rispetto alla quale la società belga sia collegata, direttamente o indirettamente, da vincoli d’interdipendenza. Se l’art.56 (...)CE, in combinato disposto con l’art.48[CE] e, se del caso, con l’art.12[CE], osti a una normativa di uno Stato membro che, come quella in esame, comporta l’imposizione fiscale su un beneficio straordinario o senza contropartita in capo alla società residente belga che abbia concesso detto beneficio ad una società stabilita in un altro Stato membro, nei cui confronti la società belga sia collegata, direttamente o indirettamente, da vincoli d’interdipendenza, quando invece, sussistendo condizioni identiche, la società residente belga non può essere assoggettata a imposizione su un beneficio straordinario o senza contropartita qualora detto beneficio sia concesso ad un’altra società stabilita in Belgio, rispetto alla quale la società belga sia collegata, direttamente o indirettamente, da vincoli d’interdipendenza” (sentenza SGI, par. 18).

identici o simili, i redditi medesimi devono essere determinati, fatta salva diversa disposizione di legge, come se fossero stati percepiti alle condizioni concordate tra soggetti terzi indipendenti”.

Dai fatti di causa risulta che *Hornbach-Baumarkt AG* era una società per azioni con sede in Germania attiva nel settore del commercio al dettaglio di prodotti fai-da-te e di materiali da costruzione. Essa deteneva indirettamente per il tramite della controllata *Hornbach International* il 100% di due società con sede in Olanda, le quali presentavano un capitale sociale negativo e necessitavano di finanziamenti bancari per il prosieguo della loro attività nonché per il finanziamento di un progetto di costruzione di un supermercato. L’istituto di credito finanziatore delle due società subordinava la concessione dei finanziamenti alla presentazione, da parte della capo-gruppo *Hornbach-Baumarkt*, di lettere di *patronage* a contenuto fideiussorio.

Hornbach-Baumarkt rilasciava le richieste lettere di *patronage* a titolo gratuito, senza pretendere alcun corrispettivo dalla consociata olandese. Con tali lettere di *patronage* la capogruppo tedesca si impegnavo nei confronti dell’istituto finanziatore a non cedere o modificare le proprie quote di partecipazione e a garantire alle proprie consociate le risorse finanziarie necessarie a fronteggiare le obbligazioni su di esse gravanti.

L’amministrazione fiscale tedesca notificava a *Hornbach-Baumarkt* un avviso di accertamento con cui rettificava in aumento il reddito dichiarato dalla società (per importi tra l’altro irrisori pari a circa 35 mila euro) in applicazione della normativa sul *transfer pricing*. Secondo quanto sosteneva l’autorità tedesca, soggetti terzi tra loro indipendenti, nell’ambito di rapporti similari, avrebbero

pattuito una remunerazione per le garanzie prestate con le lettere di *patronage*.

Nel contenzioso che ne scaturiva la società Hornbach-Baumarkt denunciava che l'aggiustamento in questione non sarebbe stato effettuato nel caso in cui le lettere di *patronage* fossero state rilasciate a consociate residenti in Germania. In via principale, la Società lamentava il fatto che non erano state tenute in considerazione le ragioni economiche dell'azionista.

4. La natura discriminatoria o restrittiva delle norme di *transfer pricing*.

Le vendite o le prestazioni di servizi infragruppo, così come gli accordi di cessione in licenza tra consociate, sembrerebbero a prima vista ricadere nell'ambito della libera circolazione dei capitali.

La Corte di Giustizia, invece, ha tradizionalmente esaminato le questioni tra parti correlate muovendo dal principio della libertà di stabilimento di cui all'art. 49 del TFUE.

Infatti, le transazioni tra parti correlate alle quali deve essere applicato l'*arm's length test* sono caratterizzate dal controllo esercitato dalla stessa capogruppo e dalla conseguente mancanza di conflitto di interessi tra due entità appartenenti allo stesso gruppo. In breve, l'esistenza del controllo di gruppo è il prerequisito per l'applicazione della disciplina stessa del *transfer pricing*.

Gli artt. 49 e 56 TFUE estendono esplicitamente il principio della libertà di stabilimento sia alla fattispecie della stabile organizzazione ("*branch office*") sia alla fattispecie dell'entità collegata (*subsidiary*). La Corte di Giustizia ha più volte

riconosciuto che tale principio si applica anche in presenza di gruppo societario *cross-border*¹⁵¹ quando un azionista esercita un’ “influenza dominante” sul capitale della controllata.

Infatti, secondo la Corte, si avvale del diritto di stabilimento una società stabilita in uno Stato membro che detenga nel capitale di una società stabilita in un altro Stato membro una partecipazione tale da conferirle una “sicura influenza sulle decisioni della società” e da consentirle di “indirizzarne le attività”¹⁵².

Secondo un principio consolidato nella giurisprudenza della Corte, una disposizione viola il principio della libertà di stabilimento quando crea un ostacolo alle attività commerciali transfrontaliere rendendo più difficile o svantaggiosa la possibilità di stabilirsi e operare di un soggetto non residente.

Questo principio vale anche per le disposizioni fiscali che imponendo un onere fiscale maggiore influiscono sul ritorno dell’investimento *cross-border*.

D’altro canto, è stato accettato il fatto che la semplice esistenza di un sistema impositivo e la presenza nel mercato unico di differenti sistemi fiscali non viola le libertà fondamentali¹⁵³.

Il solo fatto che una transazione *cross-border* tra entità dello stesso gruppo sia tassata in maniera diversa dagli Stati membri non costituisce di per sé un ostacolo al mercato interno. È necessario un

¹⁵¹ Vedi, per esempio, Corte di giustizia, *X Holding*, causa C-337/08, sentenza del 25 febbraio 2010; cfr. anche Corte di giustizia, *Società Papillon*, causa C-418/07, sentenza del 27 novembre 2008.

¹⁵² Corte di Giustizia, *Baars*, causa C-251/98, sentenza del 13 aprile 2000 p. 22. Benché detta causa riguardasse un azionista cittadino di uno Stato membro, e non una società, il principio si applica alle società stabilite nello Stato membro in questione.

¹⁵³ M. ISENBAERT, *EC Law and the Sovereignty of the Member States in Direct Taxation*, IBFD Doctoral Series 19 (2010).

elemento ulteriore per rendere la disposizione potenzialmente confliggente con le libertà fondamentali.

È infatti necessario che sussista un trattamento discriminatorio che si verifica quando le transazioni *cross-border* sono tassate in maniera diversa e più svantaggiosa rispetto alle transazioni domestiche.

La sentenza *Lankhorst-Hohorst*¹⁵⁴ appare davvero *tranchant* nel giudicare la norma sulla *thin capitalization* tedesca incompatibile con il diritto Europeo.

Secondo la Corte, infatti, la disciplina interna tedesca sulla *thin capitalization* è discriminatoria laddove impone di riqualificare come distribuzione dissimulata di utili gli interessi versati ad azionisti che non hanno diritto al credito d'imposta in Germania.

Segnatamente, “una tale restrizione genera, per quanto riguarda l'imposizione degli interessi versati dalle controllate alle società capogruppo a titolo di remunerazione di capitali esterni, una disparità di trattamento tra le controllate residenti a seconda che la società capogruppo abbia o non abbia la sede in Germania”. Questa disparità di trattamento costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento che contrasta col disposto dell'art. 43 del Trattato istitutivo della Comunità europea giacché “la norma tributaria in questione rende meno vantaggioso l'esercizio della libertà di stabilimento da parte delle società stabilite in altri Stati

¹⁵⁴ Tra i commenti alla sentenza si segnalano: D. GUTMANN – L. HINNEKEN, *The Lankhorst-Hohorst case. The ECJ finds german thin capitalization rules incompatible with freedom of establishment*, in *EC Tax Review*, n. 2/2003, p. 90-97; R. KORNER, *The ECJ's Lankhorst-Hohorst Judgment: incompatibility of thin capitalization rules with European law and further consequences*, in *Intertax*, 2003, pp. 162-168; P. ROSSI MECCANICO, *Il caso Lankhorst-Hohorst cit.*, p. 7597. P. VALENTE, *Thin capitalization, principi della Corte di Giustizia e riforme in alcuni Stati membri*, in *Fisco*, n. 7/2004 pp. 932-935.

membri, le quali potrebbero di conseguenza rinunciare all'acquisizione, alla creazione o al mantenimento di una controllata nello Stato membro che emana tale norma”.

È solo il caso di anticipare che, tanto l'Avvocato generale Mischo nelle proprie conclusioni, quanto la Corte di Giustizia nella propria pronuncia, hanno negato ogni tipo di giustificazione avanzata dai governi tedesco e inglese a difesa della normativa nazionale (il rischio di evasione fiscale, la coerenza del sistema fiscale la conformità della normativa al modello di Convenzione OCSE)¹⁵⁵ e, per l'effetto, hanno giudicato quest'ultima discriminatoria e quindi incompatibile con i Trattati.

La posizione rigorosa della Corte, che non ha ammesso alcuna deroga al diritto di stabilimento, ha creato un vero e proprio terremoto tra gli Stati membri che si sono interrogati sulla necessità di conformare alla pronuncia non solo le disposizioni sulla *thin cap*, ma anche le altre norme poste a presidio della base impositiva nazionale, quali per esempio le norme CFC e quelle appunto in materia di *transfer pricing*.

Alcuni Stati membri, per esempio, al fine di evitare problemi di compatibilità con il diritto europeo hanno esteso l'applicazione della normativa sulla *thin cap* anche alle transazioni tra soggetti residenti, altri hanno preferito mantenere la norma solo in riferimento alle transazioni con Paesi terzi, escludendo dall'applicazione le transazioni con società residenti nell'Unione.

Un'interpretazione così restrittiva del principio sembra essere stata abbandonata già nel caso *Thin Cap Group Litigation* ove sia l'Avvocato generale Geelhoed che la Corte, pur rilevando che la

¹⁵⁵ Sentenza *Lankhorst-Hohorst*, par. 36-44.

norma discriminava le fattispecie *cross-border*, hanno accettato l'esigenza di contrastare le pratiche abusive come una valida giustificazione.

Nelle proprie conclusioni, l'Avvocato generale sottolineò il paradosso di un'interpretazione che aveva obbligato alcuni Stati ad estendere le normative sulla *thin cap* alle fattispecie meramente domestiche che in quanto tali non rappresentavano alcun rischio di perdita di base imponibile per gli Stati stessi. Secondo l'Avvocato generale è “[...] censurabile il fatto che la mancanza di chiarezza in ordine alla portata della giustificazione ex art. 43 CE per motivi legati alla prevenzione degli illeciti abbia determinato una situazione in cui gli Stati membri, non sapendo entro quali limiti avrebbero potuto adottare norme apparentemente «discriminatorie» contro gli illeciti, si sono sentiti obbligati a «cautelarsi», estendendo le proprie normative a situazioni puramente interne in cui non esisteva alcun possibile rischio di illecito. Tale estensione della legislazione a situazioni del tutto estranee alla sua ratio per scopi meramente formali, che determina un notevole aggravio degli oneri amministrativi a carico delle società e delle autorità fiscali, è del tutto inutile e, anzi, controproducente in termini di efficienza economica”¹⁵⁶. La problematica sorta per effetto della pronuncia *Lankhorst-Hohorst*, in sostanza, induceva a ripensare la posizione della Corte di Giustizia sul rapporto tra la normativa *thin cap* e il diritto di stabilimento.

Anche nel caso *SGI* (che riguardava esplicitamente, come già si è anticipato, l'interpretazione del diritto di stabilimento ai fini della

¹⁵⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed, *Thin Cap Group Litigation*, causa C-524/04, presentate il 29.06.2006, par. 68.

valutazione di compatibilità della normativa belga di *transfer pricing* con il diritto europeo, la Corte ha comparato il trattamento fiscale riservato alle società non residenti con quello riservato alle società residenti.

Il fatto che la norma imponesse solo alle società non residenti di rispettare l'*arm's length* costituiva una restrizione alla libertà di stabilimento ai sensi dell'art. 43 CE¹⁵⁷. Tuttavia – si affrettava a precisare la Corte – tale restrizione era da considerarsi giustificata dalla necessità di tutelare la ripartizione equilibrata del potere impositivo tra gli Stati membri e da quella di prevenire l'elusione fiscale¹⁵⁸.

Nella sentenza più recente *Hornbach-Baumarkt*, la Corte di Giustizia è tornata ad esprimersi sulla normativa di *transfer pricing*, questa volta di fonte tedesca, confermando nuovamente come questa fosse potenzialmente restrittiva della libertà di stabilimento essendo applicabile solo alle transazioni con le società non residenti.

È il caso di notare che la Corte nella propria pronuncia ha clamorosamente smentito le conclusioni dell'Avvocato generale Bobek¹⁵⁹, il quale si era spinto fino a negare che la normativa in questione potesse essere considerata restrittiva o comunque svantaggiosa per le società non residenti¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Sentenza *SGI*, par. 55.

¹⁵⁸ Sentenza *SGI*, par. 69.

¹⁵⁹ Per un commento critico vedi R. PETRUZZI, S. BURIK, *Freedom of establishment and transfer pricing threats for EU single Market*, in *International Transfer Pricing Journal*, 2018 p. 306-316.

¹⁶⁰ Conclusioni dell'avvocato generale BOBEK, *Hornbach-Baumarkt*, causa C-382/16, presentate il 14.12.2017, par. 69 e 86.

L'avvocato generale Bobek, infatti, partendo dal presupposto che nel caso *SGI* non era stata fatta un'adeguata analisi di comparabilità, aveva concluso di doversi discostare da quanto statuito in precedenza dalla Corte.

Secondo l'Avvocato, un'accurata analisi di comparabilità portava ad escludere che la fattispecie transnazionale fosse comparabile con quella nazionale in ragione del fatto che solo nella fattispecie transnazionale la rettifica della base imponibile era funzionale alla tutela del potere impositivo dello Stato di residenza. Tale fattispecie per l'Avvocato non sarebbe comparabile con una fattispecie puramente domestica, in cui non vi è nessun rischio di perdita di base imponibile¹⁶¹.

In secondo luogo, per Bobek, anche qualora si volesse considerare le due fattispecie comparabili, non sussisterebbe alcuna discriminazione nel senso che non sarebbe ravvisabile un trattamento meno favorevole, in ragione dell'argomento c.d. "a somma zero"¹⁶².

Secondo tale argomentazione, nel valutare l'effetto della rettifica non si dovrebbe guardare alla singola entità ma al gruppo nel suo complesso. Infatti, al fine di evitare la doppia imposizione, come previsto anche dalla convenzione arbitrale europea, ad una rettifica in aumento dei prezzi di trasferimento in uno Stato membro dovrebbe seguire una variazione in diminuzione nello Stato della società correlata. Il profitto di gruppo, valutato nel suo complesso, è destinato pertanto a rimanere invariato anche se allocato in maniera differente tra le diverse giurisdizioni.

¹⁶¹ *Ibidem*, par. 59.

¹⁶² *Ibidem*, par. 70.

L'aggiustamento di *transfer pricing*, invece, non sarebbe necessario nel caso in cui entrambe le società siano residenti nella stessa giurisdizione in quanto lo stesso profitto se non tassato presso la controllata sarebbe tassato presso la controllante lasciando invariato il carico fiscale all'interno della stessa giurisdizione.

In conclusione, secondo Bobek, il fatto che le imprese debbano calcolare la loro base imponibile secondo il principio dell'*arm's length* non dovrebbe essere per ciò stesso considerato una restrizione alla libertà di stabilimento.

Nella propria sentenza, come detto, la Corte ha rigettato le conclusioni dell'Avvocato generale e, conformemente a quanto statuito nel caso *SGI*, ha ritenuto che il fatto che la normativa tedesca imponesse il rispetto dell'*arm's length principle* solo nelle transazioni *cross-border* con società correlate non residenti era una condizione idonea a conferire un trattamento svantaggioso, se comparato con la fattispecie puramente domestica dove tale obbligo non era imposto. La Corte, quindi, ha concluso che la normativa tedesca era potenzialmente restrittiva della libertà di stabilimento ma giustificata da esigenze superiori, come si esaminerà meglio nel prossimo paragrafo.

La posizione della Corte in merito alla potenziale discriminazione racchiusa nella normativa di *transfer pricing*, appare paradossale¹⁶³.

¹⁶³ In senso contrario si è espresso autorevole dottrina, secondo cui le regole di *transfer pricing* non sono esentate dal rispetto delle libertà fondamentali in quanto non si limitano ad allocare *taxing rights* tra gli Stati membri. Il fatto che un aggiustamento di *transfer pricing* dovrebbe essere seguito da un *corresponding adjustment* nel paese della società correlata, non elimina il carattere discriminatorio della normativa di *transfer pricing* che si applica esplicitamente alle transazioni *cross-border*. Così' W. Schön *Transfer Pricing*,

La valorizzazione della funzione di ripartizione della base imponibile del principio dovrebbe escludere alla radice la possibilità di ritenere comparabili le transazioni *cross-border* e le transazioni interne con la conseguenza che le normative di *transfer pricing* non dovrebbero essere considerate discriminatorie perché impongono il rispetto dell'*arm's length* solo alle prime.

La Corte di Giustizia, invece, sembra valorizzare maggiormente la funzione antielusiva del principio.

Meno convincente, invece, ancorché suggestivo, appare l'argomento della "somma zero" contenuto nelle conclusioni dell'avvocato generale Bobek che mal si concilia con la natura stessa dell'*arm's length*, che, come descritto nel capitolo I, non è basato su un approccio di gruppo ma presuppone per una sorta di *fictio iuris* che ogni entità sia un soggetto terzo e indipendente.

5. Le giustificazioni ammesse dalla Corte di Giustizia.

Secondo costante giurisprudenza, una misura idonea ad ostacolare la libertà di stabilimento sancita dall'art. 49 TFUE può essere ammessa solo se persegue uno scopo legittimo compatibile con il Trattato o se è giustificata da altra ragione imperativa di interesse generale¹⁶⁴.

Sotto questa prospettiva, mentre nella sentenza *Lankhorst-Hohorst* la Corte di Giustizia ha assunto un atteggiamento di chiusura totale

the arm's length standard and European Union Law, in *Working Paper of the Max Planck Institute for tax law and public finance*, 25 settembre 2011. Il concetto è ripreso anche da R. PETRUZZI, *Transfer Pricing and EU law: the effects of the SGI on Thin Cap GLO*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2013, pp. 83-84.

¹⁶⁴ In questo senso, *ex pluribus*, cfr. Corte di Giustizia, *Futura Partecipazioni*, causa C-250/95, sentenza del 15 maggio 1997, punto 26. Corte di Giustizia, *De Lasteyrie du Saillant*, causa C-9/02, sentenza del 11 marzo 2004, punto 49.

considerando la norma tedesca non giustificata né giustificabile, nelle pronunce successive essa ha aperto alla possibilità di riconoscere una giustificazione per questa restrizione.

Nella sentenza *Thin Cap*, la Corte stabilì che la norma inglese che limitava la deduzione degli interessi nei finanziamenti ricevuti da società non residenti poteva essere giustificata dalla necessità di contrastare le pratiche abusive e l'elusione fiscale.

Richiamando il principio stabilito in *Cadbury Schweppes* relativo alle legislazioni inglesi sulle CFC¹⁶⁵, la Corte ha stabilito che “*perché sia giustificata da motivi di lotta a pratiche abusive una restrizione alla libertà di stabilimento deve avere lo scopo specifico di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiali, prive di effettività economica e finalizzate a eludere la normale imposta sugli utili generati da attività svolte nel territorio nazionale*”.

Come noto, il regime CFC, al fine di contrastare le pratiche abusive volte alla costituzione di *subsidiary* in giurisdizioni con regimi di tassazione estremamente favorevoli, prevede che, al ricorrere di determinate condizioni, il profitto della società non residente venga incluso nel profitto della società residente.

Nella sentenza *Cadbury Schweppes*, la Corte decise che la normativa inglese seppur discriminatoria doveva essere giustificata in quanto finalizzata appunto al contrasto delle costruzioni di puro artificio.

Parimenti, anche nella sentenza *Thin Cap* la Corte ha concluso che la normativa era giustificata in quanto volta al contrasto delle

¹⁶⁵ Corte di giustizia, *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas*, causa C-196/04, sentenza del 12 settembre 2006, punto 55.

costruzioni artificiali. Sebbene la Corte abbia menzionato in quell'occasione anche l'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri, la decisione sembra enfatizzare la prevenzione dell'elusione fiscale come giustificazione principale.

Nella sentenza *SGI* riguardante espressamente una normativa di *transfer pricing*, pare che la Corte abbia invece preferito valorizzare l'equilibrata ripartizione del potere impositivo come causa di giustificazione.

Infatti, nonostante anche in questo caso l'esigenza di prevenire l'elusione fiscale costituisca una valida giustificazione al differente trattamento riservato dalle normative di *transfer pricing*, la Corte richiama abbondantemente la giurisprudenza dei casi *Mark Spencer*¹⁶⁶, *OY AA* e *Lidl Belgium* per argomentare in favore di una giustificazione fondata sull'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri¹⁶⁷.

Si ritiene che tale approccio sia corretto: la funzione originaria delle norme di *transfer pricing*, va ricordato, è quella di difendere le basi imponibili quantificando il profitto attribuibile al singolo Stato, pertanto il riferimento al concetto di equilibrata ripartizione del potere impositivo elaborato nel noto caso *Mark & Spencer* sembra quanto mai appropriato¹⁶⁸. Tale concetto, sin dalla sua

¹⁶⁶ Corte di Giustizia, *Mark & Spencer*, causa C-446/03, sentenza del 13 dicembre 2005.

¹⁶⁷ In questo senso v. A. MARTIN JIMENEZ, *Transfer pricing and EU law following ECJ Judgement in SGI: some thoughts on controversial issues*, in *Bulletin for International Taxation*, 2010 p. 273. L'Autore ha fatto notare che con la sentenza *SGI* la Corte sembra avere abbandonato definitivamente il dogma, che sembrava emergere dalla pronuncia *Lankhorst* e che aveva causato "panic attacks" tra gli Stati Membri, secondo cui il trattamento fiscale discriminatorio tra fattispecie nazionali e *cross-border* non sarebbe mai giustificato.

¹⁶⁸ Secondo SCHÖN, l'appropriata allocazione del potere impositivo ("balanced allocation of taxing power"), soggetto al rispetto delle libertà fondamentali, non

elaborazione, è stato utilizzato più volte dalla Corte per giustificare normative potenzialmente discriminatorie nei confronti delle fattispecie *cross-border*, come quelle sul trattamento delle perdite transfrontaliere¹⁶⁹ o sulla *exit taxation*¹⁷⁰.

La preferenza per la giustificazione collegata all'equilibrata ripartizione del potere impositivo emerge ancora più nettamente nella sentenza *Hornbach-Baumarkt* ove la Corte ha affermato che “*la necessità di assicurare un’equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri, può essere idonea a giustificare una differenza di trattamento, qualora il regime di cui trattasi sia inteso a prevenire comportamenti tali da violare il diritto di uno Stato membro di esercitare la propria giurisdizione tributaria in relazione alle attività svolte sul proprio territorio*”¹⁷¹. La Corte ha specificato che le transazioni *cross-border* possono compromettere l'equilibrata ripartizione del potere impositivo attraverso il trasferimento di profitto sotto forma di benefici gratuiti, come nel caso in esame, o mediante altre pattuizioni a condizioni diverse da quelle di mercato¹⁷².

In tale sentenza, la Corte di Giustizia sembra accettare l'equilibrata allocazione del potere impositivo come unica giustificazione, tuttavia, nell'applicare il test di proporzionalità, essa ricorda come

dovrebbe essere confusa con l'allocazione dei diritti impositivi (“allocation of taxing rights”) che, essendo una prerogativa rimessa alle convenzioni contro le doppie imposizioni, non rientra nell'area di controllo delle libertà fondamentali. Le normative sui prezzi di trasferimento non allocano diritti di tassazione (“taxing rights”) ma sono funzionali piuttosto alla loro quantificazione e quindi all'esercizio della potestà impositiva (“taxing power”) e come tali sono soggette al rispetto delle libertà fondamentali. Vedi W. SCHÖN, *Transfer Pricing cit.*

¹⁶⁹ Corte di giustizia, *OY AA*, causa C-231/05, sentenza del 18 luglio 2007.

¹⁷⁰ Corte di giustizia, *Gerechtshof te Arnhem*, causa C-470/04, sentenza del 7 settembre 2006.

¹⁷¹ Sentenza *Hornbach-Baumarkt*, punto 43.

¹⁷² *Ibidem*, punto 45.

la normativa non possa eccedere “quanto necessario per raggiungere gli obiettivi relativi alla necessità di salvaguardare la ripartizione equilibrata del potere impositivo tra gli Stati membri e a quella di prevenire l’elusione fiscale”¹⁷³.

Stante che il test di proporzionalità viene applicato tenendo conto anche dell’esigenza di prevenire l’elusione fiscale, non è pacifico se la Corte abbia accettato l’equilibrata ripartizione del potere impositivo come unica ragione di interesse generale¹⁷⁴.

Quel che è certo è che il governo tedesco nelle proprie memorie difensive non aveva menzionato la finalità antielusiva come possibile giustificazione alla discriminazione insita nella norma, ma aveva rimarcato solamente la finalità di conseguire un’equilibrata ripartizione del potere impositivo¹⁷⁵.

6. Il *proportionality test* applicato alle norme di *transfer pricing*

Constatato che le norme di *transfer pricing* possono ritenersi giustificate da ragioni imperative di interesse generale, occorre ora valutare come la Corte conduca il c.d. *proportionality test* per verificare che la normativa nazionale, discriminatoria ma giustificabile, non ecceda quanto necessario per raggiungere l’obiettivo perseguito.

Se le analisi condotte e le conclusioni raggiunte dalla Corte nelle proprie pronunce sono fino a questo punto condivisibili, la necessità di effettuare il test di proporzionalità spinge la Corte ad

¹⁷³ *Ibidem*, punto 49.

¹⁷⁴ In questo senso R. PETRUZZI - S. BURIK, *Transfer Pricing under the ECJ’s scrutiny: green light for no-arm’s length transactions?* in *International Transfer Pricing Journal*, 2018, p. 353.

¹⁷⁵ Sentenza *Hornbach-Baumarkt*, punto 55.

offrire un'interpretazione dell'*arm's length* che rischia di essere in contrasto con lo standard OCSE.

Nel caso *Lankhorst-Hohorst*, il test di proporzionalità non si è reso necessario in quanto la Corte, come sopra ricordato, ha ritenuto che la discriminazione della normativa tedesca sulla *thin cap* non fosse giustificabile.

Nella pronuncia *Thin Cap*, invece, la Corte ha stabilito che la normativa inglese sulle *thin cap* fosse da considerare giustificata e proporzionata nella misura in cui: “*tale normativa disponga un esame di elementi oggettivi e verificabili che permettano di individuare l'esistenza di una costruzione di puro artificio attuata a soli fini fiscali, prevedendo la possibilità per il contribuente di produrre, eventualmente e senza eccessivi oneri amministrativi, elementi relativi alle ragioni commerciali soggiacenti alla transazione in questione*”. Inoltre, qualora l'esistenza di una tale costruzione venisse accertata, è in ogni caso necessario che la normativa “*qualifichi tali interessi come utili distribuiti solo nella misura in cui questi eccedono quanto sarebbe stato convenuto in condizioni di piena concorrenza*”¹⁷⁶.

Nel caso *SGI*, per consentire al giudice del rinvio di valutare la proporzionalità della normativa belga sul *transfer pricing*, la Corte di Giustizia ha dichiarato che una misura che “*si fonda su un esame di elementi oggettivi e verificabili per stabilire se una transazione consista in una costruzione di puro artificio a soli fini fiscali va considerata come non eccedente quanto necessario per raggiungere gli obiettivi relativi alla necessità di salvaguardare la ripartizione equilibrata del potere impositivo tra gli Stati membri e a quella di prevenire l'elusione fiscale quando, in primo luogo, in*

¹⁷⁶ Sentenza *Thin Cap*, punto 92.

tutti i casi in cui esiste il sospetto che una transazione ecceda ciò che le società interessate avrebbero convenuto in un regime di piena concorrenza, il contribuente sia messo in grado, senza eccessivi oneri amministrativi, di produrre elementi relativi alle eventuali ragioni commerciali per le quali tale transazione sia stata conclusa”¹⁷⁷.

Nella sentenza *Hornbach-Baumarkt*, la Corte ha richiamato integralmente le argomentazioni sviluppate in *Thin Cap* e riprese in *SGI*. Difatti, la Corte ha ricordato che “*una normativa nazionale che si fondi su un esame di elementi oggettivi e verificabili per stabilire se una transazione consista in una costruzione di puro artificio a soli fini fiscali va considerata come non eccedente quanto necessario per raggiungere gli obiettivi relativi alla necessità di salvaguardare la ripartizione equilibrata del potere impositivo tra gli Stati membri e a quella di prevenire l’elusione fiscale quando, in primo luogo, in tutti i casi in cui esista il sospetto che una transazione ecceda ciò che le società interessate avrebbero pattuito in un regime di piena concorrenza, il contribuente sia messo in grado, senza eccessivi oneri amministrativi, di produrre elementi relativi alle eventuali ragioni commerciali per le quali tale transazione sia stata conclusa.*” Inoltre, la Corte ha confermato che “*la misura fiscale correttiva dovrebbe eventualmente limitarsi alla frazione eccedente quanto sarebbe stato pattuito a condizioni di mercato*”.

Come è stato precedentemente notato, il governo tedesco non aveva inteso giustificare la propria legislazione di *transfer pricing* richiamando la necessità di combattere l’elusione fiscale. È molto probabile che tale scelta fosse stata oculatamente calibrata proprio

¹⁷⁷ Sentenza *SGI*, punto 71.

per evitare la tipologia di test di proporzionalità delle norme antielusive che la Corte ha applicato in ogni caso precedente, e che impone di garantire al contribuente la possibilità di fornire ogni tipo di giustificazione commerciale (proprio perché basato su uno schema ricostruttivo della disciplina come “presunzione” circa l’esistenza di un rischio di elusione, presunzione che non può essere assoluta ma deve poter ammettere prova contraria).

La conclusione raggiunta dalla Corte pone seri problemi di compatibilità con l’*arm’s length* standard previsto dall’art. 9 del modello di Convenzione OCSE per almeno due ordini di motivi.

In primis, perché l’*arm’s length* standard elaborato dall’OCSE prescinde da ogni considerazione in merito all’elusività o meno dell’operazione sottostante. Anzi, sono le stesse linee guida a chiarire che la valutazione del *transfer pricing* non deve essere confusa con la valutazione dei problemi relativi alla frode o all’elusione fiscale¹⁷⁸.

L’*arm’s length* è un principio autoritativo che non fa alcun riferimento a costruzioni artificiali e che prescinde dai motivi per cui i prezzi di trasferimento siano stati manipolati.

Se le condizioni negoziate nella transazione in verifica divergono da quelle che sarebbero state negoziate a condizioni di mercato da parti terze indipendenti, l’*arm’s length principle* impone che le condizioni negoziate vadano semplicemente sostituite con le condizioni di mercato.

In secundis, nell’analisi di comparabilità che si deve svolgere in applicazione dell’*arm’s length principle*, le ragioni commerciali sono uno dei fattori di comparabilità che deve essere valutato a

¹⁷⁸ Linee guida OCSE 2010, par. 1.2.

monte nella determinazione del prezzo di mercato di riferimento, e non a valle per giustificare *a posteriori* eventuali scostamenti¹⁷⁹.

I passaggi della sentenza che generano maggiore confusione sono quelli relativi all'ulteriore interrogativo sollevato dalla Corte, che riguarda le ragioni commerciali che il contribuente può addurre a giustificazione del proprio operato e, segnatamente, se possano essere presi in considerazione anche i motivi economici derivanti dal vincolo di interdipendenza tra società controllante e controllata.

Il dubbio amletico che affligge la Corte, in pratica, è se si possa giustificare una transazione infragruppo conclusa a condizioni difformi da quelle che sarebbero praticate fra soggetti indipendenti per il motivo stesso che le parti non lo sono.

A tal riguardo, la Corte ha concluso che potrebbero sussistere ragioni economiche connesse alla posizione di socio idonee a giustificare la conclusione dell'operazione a condizioni che si discostano dalle condizioni di mercato (*arm's length terms*). Si richiama il passaggio in cui si legge che *“il prosieguo o l'espansione delle attività delle suddette società straniere dipendeva, in assenza di sufficienti risorse finanziarie proprie, da un apporto di capitali, la concessione a titolo gratuito di lettere di patronage di contenuto fideiussorio – laddove invece società tra loro indipendenti avrebbero convenuto un corrispettivo per tali garanzie – potrebbe trovare, infatti, spiegazione nell'interesse economico proprio della Hornbach-Baumarkt AG al successo commerciale delle società straniere del gruppo, al quale essa partecipa attraverso la distribuzione degli utili, nonché mediante*

¹⁷⁹ In questo senso vedi anche la postilla: M. PIAZZA, *Transfer pricing e abuso del diritto*, 11 giugno 2018, reperibile al link: <http://marcopiazza.postilla.it/2018/06/11/transfer-pricing-e-abuso-del-diritto/>

*una certa responsabilità della ricorrente nel procedimento principale, in quanto socia, nel finanziamento di tali società”*¹⁸⁰.

Portando le conclusioni della Corte alle estreme conseguenze, si dovrebbe concludere che l'*arm's length* non troverebbe mai applicazione nelle prestazioni infragruppo in quanto queste potrebbero essere sempre giustificabili da un interesse della capogruppo al successo economico del gruppo intero.

Come è stato giustamente osservato¹⁸¹, se non si vuole svuotare di significato il principio accettando che le transazioni tra parti correlate possano essere prezzate all'interno dell'Unione senza rispettare l'*arm's length*, è necessario circoscrivere la giustificazione offerta dalla Corte alla fase dell'analisi di comparabilità propedeutica alla determinazione dell'*arm's length*.

Precisamente, nell'ambito dell'analisi di comparabilità si possono, *rectius*, si devono considerare le ragioni commerciali che possono aver indotto una società controllante a fornire un finanziamento che, a causa della precaria situazione finanziaria della controllata, non sarebbe stato fornito da un terzo indipendente. Partendo da questo assunto, la gratuità delle garanzie offerte dalla casa madre troverebbe giustificazione proprio in applicazione del principio dell'*arm's length*.

Viceversa, se le conclusioni della Corte venissero lette come un'apertura incondizionata alla possibilità che le transazioni avvengano a condizioni diverse da quelle di mercato in virtù di motivi economici, allora il principio dell'*arm's length* difficilmente troverebbe ancora applicazione all'interno

¹⁸⁰ Sentenza *Hornbach-Baumarkt*, punto 56.

¹⁸¹ R. PETRUZZI - S. BURIK, *Transfer Pricing cit.*, p. 359.

dell'Unione. Nell'ottica di un gruppo, infatti, la casa madre avrà sempre e comunque l'interesse a finanziare la propria controllata e, quindi, ad accettare transazioni non in linea con l'*arm's length principle*.

7. Conclusioni preliminari.

Come si è evidenziato in premessa, l'*arm's length principle*, ancorché adottato in tutte le legislazioni nazionali degli Stati membri, non risulta tuttora codificato, o perlomeno definito legislativamente in modo espresso all'interno di nessuna disposizione di diritto europeo.

A livello unionale, l'interpretazione e l'implementazione del principio è avvenuta per lo più in virtù di misure di *soft law* grazie ai lavori del *Joint Transfer Pricing Forum*.

La codificazione del principio all'interno di una direttiva europea sarebbe dunque quanto mai opportuna per almeno due ordini di motivi.

Innanzitutto favorirebbe un'applicazione armonizzata del principio a livello europeo. Un'armonizzazione applicativa del principio – va detto – non potrebbe divergere nella sostanza da quanto concordato a livello internazionale ed esplicitato nelle linee guida OCSE. Ciò al fine di evitare il rischio che divergenze applicative tra UE e OCSE producano effetti di doppia imposizione nelle transazioni con Paesi non europei. Una direttiva Europea sull'*arm's length principle* avrebbe comunque il vantaggio di forzare gli stati membri al rispetto del principio. Le linee guida OCSE così come i lavori del *Joint Transfer Pricing Forum* si traducano in mere

raccomandazioni di *soft law* che troppo spesso nella prassi operativa non sono seguite dagli Stati Membri.

Dall'altro lato una codificazione potrebbe, forse, evitare il paradosso europeo che un principio quale quello dell'*arm's length*, ampiamente consolidato e contenuto in tutte, o quasi tutte, le Convezioni contro le doppie imposizioni, sia considerato causa di discriminazione nel contesto giuridico di implementazione e protezione delle libertà di circolazione da parte della Corte di Giustizia Europea.

In ogni caso, l'esegesi del principio che viene offerta dalla Corte desta molte perplessità.

Innanzitutto, la valorizzazione della funzione di ripartizione della base imponibile del principio dovrebbe escludere alla radice la possibilità di ritenere comparabili le transazioni *cross-border* e le transazioni interne con la conseguenza che le normative di *transfer pricing* non dovrebbero essere considerate discriminatorie perché impongono il rispetto dell'*arm's length* solo alle prime.

Ma anche volendo considerare la posizione intransigente assunta dalla Corte sul punto un sacrificio necessario a difesa delle libertà fondamentali europee, sono le conclusioni a cui la Corte stessa giunge sviluppando il test di proporzionalità che creano incertezza.

Attribuendo alla disciplina del *transfer pricing* una funzione antielusiva che non ha, la Corte ritiene che il contribuente dovrebbe essere messo in condizione di poter derogare all'*arms' length* in presenza di ragioni economiche (*id est*: in presenza di una prova contraria all'esistenza di un rischio di elusione). Avvallare tale interpretazione significa svuotare di significato il principio che si impone nella ripartizione del profitto tra giurisdizioni

concorrenti a prescindere dalle ragioni economiche sottostanti. Ciò a maggior ragione se, come sembra suggerire la Corte, tra le ragioni economiche potesse essere fatto valere l'interesse di gruppo.

L'unico modo di allineare le conclusioni della Corte con una corretta interpretazione del principio è ricondurre le ragioni economiche nel solco dell'analisi di comparabilità enfatizzando come queste siano un fattore di comparabilità da valutare a monte nella determinazione dell'*arm's length* e non a valle per giustificare gli scostamenti.

A livello europeo, la giurisprudenza della Corte di Giustizia non aiuta a chiarire l'interpretazione del principio ma anzi ne alimenta la complessità.

CAPITOLO V

L'ARM'S LENGTH PRINCIPLE E IL DIVIETO DI AIUTI DI STATO

"Tax rulings that artificially reduce a company's tax burden are not in line with EU state aid rules. They are illegal. I hope that, with today's decisions, this message will be heard by Member State governments and companies alike. All companies, big or small, multinational or not, should pay their fair share of tax."

Margrethe Vestager,
Commissario Europeo per la Concorrenza¹⁸²

Sommario: 1. Quadro generale in materia di aiuti di stato. – 2. La nozione di aiuto di Stato. – 3. L'applicazione del divieto di aiuti di stato in materia fiscale. – 4. La nuova frontiera degli aiuti di Stato: le investigazioni sui tax rulings. – 5. L'arm's length principle come parametro di riferimento nella disciplina degli aiuti di Stato. – 6. Analisi delle decisioni: le violazioni dell'arm's length principle riscontrate dalla Commissione Europea. – 7. Il principio della selettività e i transfer pricing rulings. – 8. La sentenza della Corte di Giustizia sul Belgio excess profit. – 9. Conclusioni preliminari.

¹⁸² Comunicato stampa della Commissione Europea del 21 ottobre 2015, "La Commissione decide: i vantaggi fiscali selettivi concessi a Fiat in Lussemburgo e a Starbucks nei Paesi Bassi sono illegali ai sensi delle norme UE sugli aiuti di Stato".

1. Quadro generale in materia di aiuti di stato

Uno degli obiettivi primari dell'Unione è rappresentato dalla realizzazione di una concorrenza sana e leale in grado di assicurare la competitività economica e il funzionamento del mercato interno. L'instaurazione di un mercato comune presuppone la costituzione ed il funzionamento di uno spazio economico unificato nel quale gli scambi di prodotti e servizi, ed in genere le transazioni commerciali, possano avvenire alle medesime condizioni di quelle vigenti nel mercato nazionale¹⁸³.

Il capo I del titolo VI del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) contiene una dettagliata disciplina in materia di concorrenza, suddivisa in due sezioni.

La prima sezione è dedicata alle regole di concorrenza applicabili alle imprese, ossia che mirano a disciplinare i comportamenti autonomi imputabili alle imprese al fine di evitare intese che pregiudicano la libera concorrenza e il commercio fra gli Stati membri e abusi di posizione dominante (art. 101 e 102 TFUE).

La seconda, invece, detta le regole di concorrenza applicabili agli Stati, che mirano a disciplinare gli interventi statali nell'economia rientranti nella fattispecie degli aiuti di Stato vietati (artt. 107 e 108 TFUE).

A difesa della concorrenza nel mercato interno, il Trattato garantisce inoltre il divieto di discriminazioni (art. 18 TFEU), la libera circolazione dei lavoratori (art. 45 TFUE), il diritto di stabilimento (art. 49 TFUE), la libera prestazione dei servizi (art. 56 TFEU) e la libera circolazione dei capitali (63 TFUE).

¹⁸³ P. BORIA, *Diritto Tributario Europeo*, Giuffr , 2015, p. 237.

In materia fiscale, il principio di non discriminazione (art. 18 TFUE) e il divieto di aiuti di Stato (art. 107 TFUE) possono essere considerati misure tra loro complementari¹⁸⁴ in quanto il primo vieta misure discriminatorie che svantaggino una categoria di soggetti, mentre il secondo vieta l'aiuto che avvantaggi una categoria di soggetti a scapito dei loro concorrenti.

Parimenti è a dirsi per la relazione tra le libertà fondamentali (artt. 45, 49, 56 e 63 TFUE) e il divieto di aiuti di stato (art. 107 TFUE) ai fini della tutela del mercato comune, tant'è vero che autorevole dottrina li ha eloquentemente descritti come “due facce della stessa moneta”¹⁸⁵.

Infatti, entrambe le discipline mirano a promuovere la concorrenza, da un lato, attraverso la rimozione delle barriere e degli ostacoli alle libertà di circolazione nel mercato interno e, dall'altro, mediante il divieto di conferire vantaggi selettivi a discapito dei concorrenti¹⁸⁶.

Tuttavia, è importante sottolineare che, in ambito fiscale, l'ambito applicativo della disciplina sugli aiuti di Stato è più ampio di quello delle libertà fondamentali: diversamente dalla violazione delle libertà fondamentali che presuppone operazioni *cross-border* in cui un soggetto non residente viene discriminato rispetto ad un

¹⁸⁴ R. GRAPPIOLO, *La valutazione delle misure fiscali di vantaggio: il ruolo della commissione e degli organi giudiziari nazionali*, in *Aiuti di Stato e Giurisdizioni Nazionali: problemi attuali*, Bologna, 2015, p. 27.

¹⁸⁵ Così MILADINOVIC in LANG/PISTONE/SCHUCH/STARINGER, *Introduction to European tax law on direct taxation*, Vienna, 2018, p. 111.

¹⁸⁶ MICHEAU, *Fundamental freedoms and State aid rules under EU law: the example of taxation*, in *ET*, 2017, p. 213.

soggetto residente, il divieto di aiuti di Stato si applica anche in situazioni puramente domestiche¹⁸⁷.

Deve altresì rammentarsi che la Commissione Europea è impegnata non solo ad incentivare la concorrenza “buona” ma anche a contrastare quella dannosa (*harmful tax competition*) attraverso strumenti qualificabili come *soft law*.

Tra questi va sicuramente menzionato il Codice di Condotta per la tassazione delle imprese (*Code of Conduct*)¹⁸⁸ istituito nel 1998 su iniziativa dell’allora Commissario alla Concorrenza Mario Monti.

Il Codice di Condotta si fonda sull’impegno politico degli Stati Membri di prevenire e contrastare la concorrenza fiscale dannosa. In particolare, il Codice analizza non solo le legislazioni, ma anche le pratiche amministrative che influenzano, o possono influenzare, la localizzazione delle attività economiche all’interno dell’Unione. Tra queste misure rientrano, a titolo esemplificativo, i regimi fiscali speciali che concedono un livello di tassazione inferiore

¹⁸⁷ Potrebbe anche accadere che la normativa nazionale violi contemporaneamente le libertà fondamentali e il divieto di aiuti di Stato. Qualificare correttamente sotto quale disciplina far rientrare l’infrazione non è questione solo teorica ma ha rilevanza per le diverse conseguenze legali connesse. La violazione del divieto di aiuti di Stato obbliga gli Stati membri a recuperare, retroattivamente e per un periodo di 10 anni, le somme erogate a titolo di aiuto, maggiorate degli interessi decisi dalla Commissione. Viceversa, in conseguenza di un trattamento discriminatorio in violazione delle libertà fondamentali, lo Stato membro potrebbe essere forzato ad estendere il trattamento più favorevole al soggetto discriminato. Nella sentenza *Iannelli & Volpi SpA*, la Corte di Giustizia ha sviluppato il c.d. “*severability test*” secondo cui se una normativa contiene elementi selettivi connessi all’erogazione di un trattamento preferenziale la violazione dovrebbe essere fatta rientrare nella disciplina del divieto di aiuti di Stato. Nonostante tale principio, come risolvere l’interazione in caso di contemporanea doppia infrazione non è ancora chiaro. Corte di Giustizia, *Iannelli & Volpi SpA*, causa C-74/76, sentenza del 22 marzo 1977. Cfr. MILADINOVIC, *op. cit.*, pag 112.

¹⁸⁸ Istituito con Risoluzione del Consiglio del 1 dicembre 1997 98/C disponibile al link:
https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/coc_en.pdf

rispetto al livello di tassazione generale dello Stato membro, quali i c.d. regimi di *patent box*. Il Consiglio ha sottolineato come “*alcune delle misure che rientrano nel Codice possono rientrare anche nell’ambito di applicazione della disciplina degli aiuti di Stato*”¹⁸⁹, specificando che entrambe le discipline possono applicarsi in parallelo e che “*la qualificazione di una misura come dannosa sotto il condice di Condotta non ha rilevanza ai fini di una possibile qualificazione come aiuto di Stato*”.

É in questo contesto generale che si inserisce il divieto di erogazione degli aiuti di Stato previsto dall’art. 107 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea, in base al quale “*salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza.*”

Ai sensi dell’art. 108 del TFUE, la competenza a decidere se una misura nazionale costituisce aiuto di stato è espressamente attribuita alla Commissione.

Come si vedrà più in dettaglio nel paragrafo 3 del presente capitolo, la Commissione è tenuta ad avviare una “indagine formale” sulla compatibilità con l’ordinamento comunitario della misura di sostegno alle imprese nazionali decisa dallo Stato membro al fine di emettere la relativa autorizzazione (in caso di indagine preventiva) ovvero, al contrario, di sancire il divieto della misura nazionale in quanto riconosciuta come aiuto di Stato.

¹⁸⁹ *Ibidem*, par J.

Il trattato conferisce così alla Commissione la responsabilità, attraverso il sistema di autorizzazione preventiva, di assicurarsi che i Paesi membri adottino le misure necessarie per aiutare le imprese a produrre merci e fornire servizi che il mercato altrimenti non fornirebbe senza introdurre misure che distorcano la concorrenza. Gli Stati membri non devono, perciò, introdurre misure idonee a ricadere nella fattispecie degli aiuti di Stato vietati senza il consenso della Commissione.

Il Trattato non stabilisce, dunque, il principio della assoluta ed automatica inammissibilità degli aiuti di Stato, bensì fissa una riserva di competenza a favore delle Istituzioni europee (ed in specie a favore della Commissione) in ordine al giudizio di compatibilità delle norme nazionali di maggior favore rispetto ai principi ed alle norme dell'ordinamento europeo.

I sussidi statali, infatti, non costituiscono sempre e comunque un fenomeno negativo. L'intervento pubblico è giustificato e anzi necessario in caso di fallimenti del mercato che non possono essere sostituiti da iniziative private e richiedono l'intervento statale per la prestazione di servizi e la fornitura di merci. Per questo motivo, è lo stesso art. 107 TFUE a prevedere una serie di eccezioni al divieto di aiuti di Stato.

2. La nozione di aiuto di stato.

L'aiuto di Stato consiste, in linea di massima, nell'attribuzione di un vantaggio economico su base selettiva da parte di uno Stato membro, idoneo ad incidere sugli scambi nel mercato comune ed a falsare la concorrenza tra le imprese.

La nozione di aiuto di Stato è molto ampia. In base alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, devono intendersi come aiuto di Stato non solo la sovvenzione in senso stretto, ma qualsiasi intervento statale che attenui gli oneri normalmente gravanti sul bilancio dell'impresa¹⁹⁰.

La nozione di aiuto di Stato è stata sviluppata nel corso degli anni sia dalle pronunce della Corte di Giustizia che da una grande varietà di strumenti giuridici di *soft law*, quali comunicazioni e note.

Uno degli strumenti di *soft law* più rilevanti nell'area degli aiuti di Stato è rappresentato dalla Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107 TFUE (Notice on the notion of State aid)¹⁹¹.

Attraverso tale comunicazione, la Commissione Europea ha chiarito le regole sugli aiuti di Stato e nel contempo ha fornito linee guida volte ad interpretare la nozione di aiuto di stato, specie con riguardo a problematiche su cui non si è ancora espressa la Corte di Giustizia¹⁹².

Una misura può considerarsi aiuto di Stato in presenza di quattro condizioni cumulative.

¹⁹⁰ Corte di Giustizia, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen*, causa C-30/59, sentenza del 23 febbraio 1961 : “*the concept of aid is [...] wider than that of a subsidy because it embraces not only positive benefits, such as subsidies themselves, but any interventions which, in various forms, mitigate the charges which are normally included in the budget of an undertakings and which and without, therefore, being subsidies in the strict meaning of the word, are similar in character and have the same effect*”.

¹⁹¹ European Commission, *Notice on the Notion of State aid as referred to in art. 107 of the Treaty on the Functioning of the European Union*, 2016/C 261/01, QJ C 262 del 19 luglio 2016.

¹⁹² *Ibidem*, par. 3.

In primo luogo, la misura deve conferire un vantaggio al beneficiario.

Ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, un vantaggio è un beneficio economico che un'impresa non potrebbe ricevere in condizioni normali di mercato, ossia in assenza di intervento dello Stato¹⁹³. Non sono considerati rilevanti né la causa né lo scopo dell'intervento dello Stato, ma solo gli effetti della misura sull'impresa¹⁹⁴. Qualora la situazione finanziaria di un'impresa migliori grazie all'intervento dello Stato a condizioni diverse dalle normali condizioni di mercato, deve ritenersi presente un vantaggio ai sensi della disposizione in esame.

Sono idonee a conferire un vantaggio potenziale tanto le misure “positive”, che consistono cioè in contributi o sovvenzioni finanziarie, quanto le misure finanziarie “negative”, che determinano una riduzione delle spese che il beneficiario avrebbe dovuto sostenere ordinariamente¹⁹⁵.

In secondo luogo, il vantaggio deve essere conferito dallo Stato o attraverso risorse Statali.

Per la qualificazione di una misura finanziaria come aiuto di Stato occorre, infatti, che il soggetto chiamato ad erogare la risorsa finanziaria a beneficio delle imprese e/o produzioni sia un ente pubblico, territoriale o non territoriale. Essendo stata tradizionalmente accolta una nozione ampia della formula adottata dalla norma, si considerano come soggetti ammessi a concedere

¹⁹³ Corte di giustizia, *SFEI e altri*, causa C-39/94, sentenza dell'11 luglio 1996, punto 60; Corte di Giustizia, *Spagna/Commissione*, causa C-342/96, sentenza del 29 aprile 1999, punto 41.

¹⁹⁴ Corte di giustizia, *Italia/Commissione*, causa C-173/73, sentenza del 2 luglio 1974, punto 13.

¹⁹⁵ P. BORIA, op. cit., p. 239.

aiuti di Stato lo Stato, le Regioni e gli enti locali, nonché tutti gli enti pubblici che operino in autonomia in un regime pubblicistico¹⁹⁶.

Anche gli enti privati che agiscano in virtù di un potere delegato dallo Stato o da altro ente pubblico ovvero che operino sotto un incisivo controllo pubblico possono in linea di massima essere inclusi nella disciplina degli aiuti di Stato qualora erogino sovvenzioni (o analoghe misure) a favore di una platea circoscritta di beneficiari.

Solo i vantaggi concessi direttamente o indirettamente mediante risorse statali possono costituire aiuti di Stato. Le risorse statali comprendono tutte le risorse che provengono dal settore pubblico¹⁹⁷, comprese le risorse di enti interstatali (decentrati, federati, regionali o altri).

In terzo luogo, il vantaggio deve essere selettivo nel senso che deve favorire “*talune imprese, o talune produzioni*”.

Ne consegue che non tutte le misure che favoriscono operatori economici rientrano nella nozione di aiuto, ma soltanto quelle che concedono un vantaggio in maniera selettiva a determinate imprese o categorie di imprese o a determinati settori economici¹⁹⁸.

In linea di principio, la selettività è individuata laddove le misure di vantaggio siano circoscritte o in senso soggettivo ovvero sul

¹⁹⁶ Vedi Corte di Giustizia, *Inter- mills*, causa C-323/82, sentenza del 14 novembre 1984; Corte di Giustizia, *Germania c. Commissione*, causa C-248/84, sentenza del 14 ottobre 1987.

¹⁹⁷ Corte di giustizia, *Germania c. Commissione*, causa 248/84, sentenza del 14 ottobre 1987, punto 17; Tribunale dell'Unione Europea, *Territorio Histórico de Álava e altri/Commissione*, cause riunite T-92/00 e 103/00, sentenza del 6 marzo 2002, punto 57.

¹⁹⁸ European Commission, *Notice on the Notion of State aid cit.*, par. 117.

piano oggettivo e/o settoriale ovvero ancora con riguardo all'elemento territoriale¹⁹⁹.

Infine, il vantaggio conferito deve essere idoneo a falsare la concorrenza favorendo talune imprese o talune produzioni, e solamente nella misura in cui incida sugli scambi tra Stati membri.

Si tratta, in particolare, di verificare gli effetti potenziali che possono prodursi rispetto all'operatività sul mercato dei soggetti che non sono beneficiari della misura di sostegno e di accertare la sussistenza di possibili svantaggi concreti che possano limitare la presenza sul mercato di questi ultimi o che, in ogni caso, ne penalizzino l'azione imprenditoriale. Nella giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia, tale condizione è considerata verificata per il solo fatto che le imprese (o gli altri beneficiari) svolgano un'attività economica che dia luogo a scambi tra gli Stati membri, in quanto il vantaggio ricevuto è idoneo a mettere i beneficiari in condizioni migliori rispetto ai concorrenti europei (e dunque ad alterare, almeno potenzialmente, le regole del gioco concorrenziale)²⁰⁰.

3. L'applicazione del divieto di aiuti di Stato nella materia fiscale.

Oramai da decenni, la Commissione ha esteso l'applicazione del divieto di aiuti di stato alla materia fiscale. Mentre inizialmente la Commissione non poneva particolare attenzione alle normative fiscali, in anni recenti le misure fiscali degli Stati membri sono

¹⁹⁹ P. BORIA, *op. cit.*, p. 240.

²⁰⁰ Corte di Giustizia, *Philip Morris Holland*, causa C-730/79, sentenza del 17 settembre 1980; Corte di Giustizia, *Italia c. Commissione*, causa C-303/88, sentenza del 21.3.1991; Corte di Giustizia, *Germania c. Commissione*, sentenza del 19 agosto 2000, causa C-156/98.

state più volte esaminate sotto la lente della disciplina degli aiuti di Stato.

Come detto, l'aiuto di Stato può essere concesso sotto varie forme (*"in any form whatsoever"*).

Sebbene gli Stati membri godano di autonomia fiscale nella progettazione dei loro sistemi di imposizione diretta, qualsiasi misura fiscale da essi adottata deve rispettare le norme dell'Unione in materia di aiuti di Stato, che sono vincolanti per gli Stati membri e prevalgono sulla loro legislazione nazionale.

In ambito fiscale, l'aiuto di Stato è tipicamente riconducibile alla legislazione stessa²⁰¹. L'aiuto di Stato può assumere la forma di una misura di riduzione della base imponibile a favore di determinate imprese, consistente per esempio nell'esenzione da tassazione di determinati ricavi o negli ammortamenti accelerati per determinati beni.

Come qualsiasi normativa, anche la legislazione fiscale che conferisca un aiuto di Stato è generalmente applicabile ad un gruppo di contribuenti con specifiche caratteristiche (c.d. *general state aid*). L'aiuto di Stato può essere poi concesso anche attraverso misure individuali, che si applicano cioè al singolo contribuente (c.d. *targeted state aid*).

In anni recenti, la Commissione Europea non si è limitata ad esaminare i c.d. *general state aid* ma si è anche e soprattutto concentrata sui i c.d. *targeted state aid*²⁰².

²⁰¹ W. SCHON, *Tax Legislation and the Notion of Fiscal State Aid: a review of 5 years of European Jurisprudence* in RICHELLE/SCHON/TRAVERSA, *State Aid Law and Business Taxation*, Springer, 2016, p. 4.

²⁰² LANG/PISTONE/SCHUC/STARINGER, *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation*, Linde, 2018 p. 108.

Una forma di aiuto di Stato che può essere rinvenuta nel sistema fiscale è connessa alla riscossione dell'imposta. In questo scenario, l'amministrazione fiscale accerta l'imposta dovuta in linea con la normativa fiscale generale, ma successivamente non procede a riscuotere in tutto o in parte l'imposta dovuta. In questo caso, un vantaggio selettivo può essere concesso attraverso il differimento o la cancellazione del debito fiscale.

L'aiuto di Stato può assumere anche la forma della decisione amministrativa.

In linea di principio, qualsiasi decisione amministrativa che si discosti dalle norme fiscali generalmente applicabili per favorire singole imprese comporta una presunzione di esistenza di un aiuto di Stato e deve essere esaminata in dettaglio. Tale principio si applica sia agli accertamenti fiscali sia ai cosiddetti *tax rulings* emanati dalle amministrazioni fiscali.

Come si specificherà in seguito, la decisione della Commissione di esaminare in dettaglio i singoli *tax ruling* concessi dagli Stati Membri è stata molto criticata²⁰³. In particolare, è stato evidenziato che in questo modo la Commissione finisce per limitare la sovranità fiscale degli Stati Membri anche in materia di imposte dirette, sebbene tale sovranità sia garantita loro dallo stesso Trattato sul funzionamento dell'Unione²⁰⁴.

²⁰³ GONZALEZ, *State aid and tax competition: comments on the European Commission's decisions on transfer pricing rulings*, in *European State aid Law Quarterly (ESTAL)*, 2016, pp. 558 ss.; LYAL, *Transfer pricing and state aid in International Law Journal*, 2015 pp. 1043 ss.

²⁰⁴ J. WATTEL, *State aid and business taxation*, Richelle, 2016, p. 70.

4. La nuova frontiera degli aiuti di Stato: le indagini sui *tax rulings*.

Nel 2013 la Commissione Europea ha iniziato un'indagine su ampia scala avente ad oggetto le pratiche amministrative di alcuni Stati Membri connesse alla concessione di c.d. *tax rulings*.

L'interpello fiscale o *tax ruling* è uno strumento diffuso in molte giurisdizioni la cui primaria funzione è, o quantomeno dovrebbe essere, quella di promuovere la certezza del diritto. Attraverso l'interpello, infatti, l'amministrazione fiscale comunica al contribuente la propria interpretazione di una norma astratta nel caso concreto.

La Commissione Europea ha enfatizzato che le investigazioni sulle pratiche amministrative di *tax rulings* non vogliono mettere in discussione né il potere degli Stati membri né l'importanza dei *tax rulings* quale strumento per garantire la certezza del trattamento tributario²⁰⁵.

La Commissione ha però sottolineato che la possibilità di emettere *tax rulings* non esenta gli Stati membri dal rispetto della normativa sugli aiuti di Stato: gli aiuti di Stato potrebbero essere concessi attraverso lo stesso *tax ruling* se questo avvalla una soluzione non in linea con la normativa fiscale.

In particolare, sotto la lente di ingrandimento della Commissione Europea sono finiti i c.d. *advance pricing agreements* (APA) unilaterali.

²⁰⁵ Commissione Europea, *DG Competition Working Paper on State Aid and Tax Rulings (DG Competition Working Paper)*, 2016, par. 5. Disponibile al link:

L'APA è definito dalle linee guida OCSE²⁰⁶ come un accordo tra più amministrazioni fiscali (APA multilaterale) e il contribuente, o tra una amministrazione fiscale e il contribuente (APA unilaterale), sul modo in cui determinate i prezzi di trasferimento. La funzione principale dell'APA è, o dovrebbe essere, quella di prevenire le controversie con l'amministrazione fiscale in merito alla determinazione dei prezzi di trasferimento.

Se i termini dell'accordo sono rispettati dal contribuente, solitamente all'Amministrazione finanziaria è precluso il potere di accertamento per il periodo di vigenza dell'accordo stesso.

A livello di Unione Europea, tali strumenti sono stati previsti e disciplinati dal *Joint Transfer Pricing Forum* ancora nel 2007²⁰⁷.

Le indagini della Commissione, come detto, non contestano l'utilità dello strumento in sé ma sono volte a verificare se le soluzioni ammesse dalle amministrazioni fiscali conferiscano un vantaggio al beneficiario, sotto forma di una tassazione inferiore rispetto a quella gravante su un'impresa che versa in una situazione analoga²⁰⁸. Secondo l'assunto della Commissione, il vantaggio si verifica quando l'accordo non rispetta l'*arm's length principle*, avvallando una soluzione non in linea con i valori di mercato.

Tali investigazioni possono essere fatte rientrare nella strategia di contrasto all'elusione fiscale e alla pianificazione fiscale

²⁰⁶ Gli APA sono descritti alla lettera F del cap IV delle linee guida OCSE 2017. Scaricabile dall'indirizzo:

²⁰⁷ Vedi la Comunicazione della Commissione Europea COM(2007) 71 final, scaricabile dal sito:
https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/company_tax/transfer_pricing/com%282007%2971_en.pdf.

²⁰⁸ European Commission, *Notice on the Notion of State aid cit.*, par. 170.

aggressiva promossa con vigore dalla Commissione Europea nel 2012²⁰⁹.

Analogamente a quanto accaduto per il progetto BEPS, le iniziative della Commissione possono essere viste come una reazione all'impatto mediatico che è conseguito alle rivelazioni giornalistiche delle strategie di pianificazione fiscale aggressiva.

In particolare, le rivelazioni dall'investigazione giornalistica condotta dall'*International Consortium on Investigative Journalist* (ICIJ) sui tax rulings del Lussemburgo nel periodo in cui il neo eletto presidente della Commissione Europea era primo ministro (c.d. *LuxLeaks*) hanno messo sotto pressione la Commissione stessa.

Al contrario dell'OCSE, la Commissione Europea dispone di strumenti giuridici vincolanti per gli Stati Membri (la normativa sugli aiuti di Stato appunto), capaci di contrastare l'elusione fiscale il *profit shifting*.

Dopo una prima fase esplorativa, nel giugno del 2014 la Commissione Europea ha aperto alcune investigazioni formali²¹⁰ sugli aiuti di Stato concessi ad alcuni gruppi multinazionali attraverso l'utilizzo dei c.d. *Advance Pricing Agreements* (APA).

²⁰⁹ Comunicazione della Commissione Europea al Parlamento e al Consiglio, *An Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion*, COM(2012)722 finale del 6.12.2012, disponibile all'indirizzo: https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/com_2012_722_en.pdf.

²¹⁰ Commissione Europea, press release IP/14/663 (11 giugno 2014): *La Commissione investiga gli accordi di transfer pricing concessi a Apple (Irlanda), Starbucks (Olanda) e Fiat Finance and Trade (Lussemburgo)*. Commissione Europea, press release IP/14/1105 (7 ottobre 2014): *La Commissione Europea investiga gli accordi di transfer pricing concessi ad Amazon (Lussemburgo)*. Commissione Europea, press release IP/15/4080 (3 febbraio 2015): *la Commissione Europea investiga lo schema c.d. excess profit ruling (Belgio)*. Commissione Europea, press release IP/17/5343 (18 dicembre 2017): *la Commissione Europea investiga gli accordi di transfer pricing concessi ad Ikea (Olanda)*.

Tali investigazioni hanno generato forti tensioni politiche tra l'Unione Europea e gli Stati Uniti specie con riferimento all'ordine di recuperare aiuti di stato concessi dall'Irlanda ad Apple per la somma record di tredici miliardi di Euro. Qualche autore, a tal proposito, ha addirittura fatto riferimento ad una vera e propria “*tax war*”²¹¹.

Nel dicembre 2014, la Commissione Europea ha esteso l'indagine a tutti gli Stati membri per i ruling fiscali emessi dal 2010 al 2013. La Commissione riferisce di aver esaminato più di mille ruling fiscali²¹².

Nel 2015 sono state pubblicate le prime decisioni nei confronti di Lussemburgo (FIAT) e Olanda (Starbucks), alle quali hanno fatto seguito quella nei confronti dell'Irlanda (Apple), del Belgio (excess profit tax scheme) e, in tempi più recenti, ancora nei confronti del Lussemburgo (Engie)²¹³.

Nella tabella²¹⁴ che segue sono schematizzate le investigazioni formali aperte e le decisioni ad oggi emesse:

²¹¹ F. VANISTENDAEL, *Are the EU and U.S. headed for a tax war?*, in *Tax Notes International* (19 settembre 2016), p. 1057.

²¹² Commissione Europea, *DG Competition working paper on state aid and tax ruling cit.*, par. 6.

²¹³ Decisione della Commissione sugli aiuti di stato concessi dal Lussemburgo a FIAT, caso SA.38375 del 21.10.2015, Decisione della Commissione sugli aiuti di stato concessi dall'Olanda a Starbucks, caso SA.38374 del 21.10.2015, Decisione della Commissione sugli aiuti di stato concessi dall'Irlanda ad Apple, caso SA.38373 del 30.08.2016, Decisione della Commissione sugli aiuti di stato concessi attraverso lo schema di excess profit exemption, caso SA.37667 del 11.01.2016. Decisione della Commissione Europea sugli aiuti di stato concessi dal Lussemburgo a ENGIE, caso SA.44888 del 20.06.2018.

²¹⁴ Figura tratta dalla presentazione di I. VERLINDEN alla *Global transfer pricing conference 2019*, Vienna 11-12 febbraio 2019.

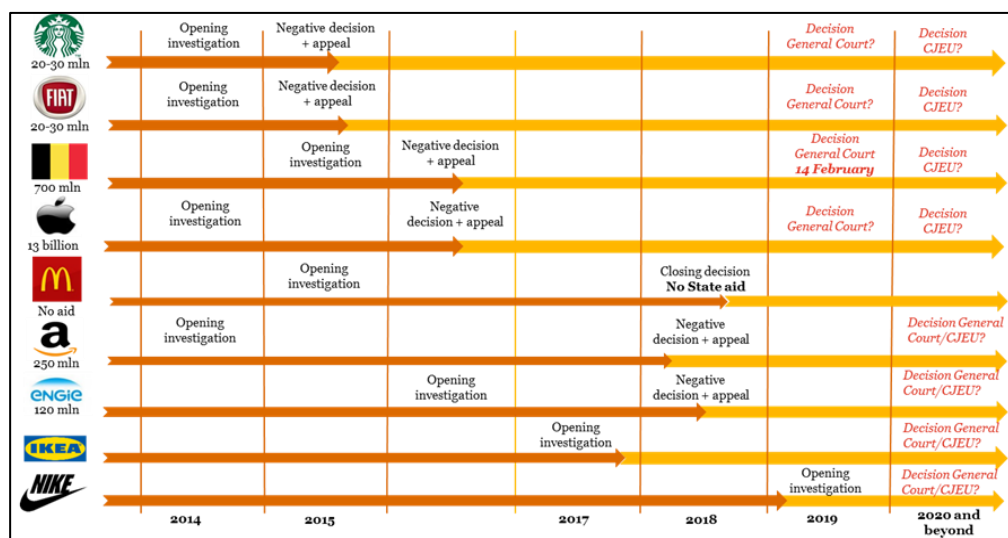


Figura IV

5. L'arm's length principle come parametro di riferimento nella disciplina degli aiuti di Stato.

Nelle proprie decisioni, la Commissione Europea utilizza l'arm's length principle quale parametro di riferimento per valutare se l'accordo in materia di prezzi di trasferimento costituisca aiuto di stato o no.

Secondo la Commissione, un accordo che violi il principio dell'arm's length conferisce un aiuto di stato in quanto permette alla multinazionale beneficiaria di subire una tassazione inferiore a quella dovuta. Il vantaggio è da considerarsi finanziato con risorse statali perché lo Stato percepisce minori entrate tributarie.

L'arm's length principle non deriverebbe né dall'articolo 9 del Modello di Convenzione OCSE né dalle leggi fiscali nazionali degli Stati membri, che nella maggior parte dei casi hanno implementato il principio stesso.

Secondo la Commissione, infatti, l'arm's length principle é un principio generale volto a garantire la parità di trattamento in

materia fiscale e pertanto riconducibile direttamente all'articolo 107, paragrafo 1, del TFUE, indipendentemente dal fatto che sia stato recepito dalla normativa nazionale.

La Commissione richiama a sostegno delle proprie argomentazioni quanto deciso dalla Corte di Giustizia Europea nella sentenza *Forum 187*²¹⁵. Tale decisione riguardava il regime fiscale dei centri di coordinamento Belgi la cui remunerazione, in deroga alla normativa generale, veniva determinata in maniera forfettaria applicando un *mark up* ai costi di funzionamento, escludendo tuttavia dalla base di calcolo i costi del personale e gli oneri finanziari.

In tale pronuncia, la Corte ha affermato che *“Per verificare se la determinazione del reddito imponibile, come previsto dal regime dei centri di coordinamento, procuri a questi ultimi un vantaggio, è necessario confrontare tale regime [...] con quello di applicazione generale, basato sulla differenza tra ricavi e costi, per un'impresa che svolge le proprie attività in condizioni di libera concorrenza”*.

La Corte di Giustizia ha quindi sentenziato che l'esclusione dalla base di calcolo di tali spese costituiva un aiuto di stato in quanto deviava dal normale metodo di calcolo (costituito dalla differenza tra costi e ricavi) con cui un'impresa avrebbe dovuto determinare il proprio profitto tassabile secondo la stessa normativa generale belga.

Alcuni critici²¹⁶ hanno sottolineato il fatto che la Corte di Giustizia in tale sentenza non ha fatto esplicito riferimento all'*arm's length*

²¹⁵ Corte di Giustizia, *Kingdom of Belgium e Forum 187 ASBL c. Commissione*, cause riunite C-182/03 e C- 217/03, sentenza del 22 giugno 2006.

²¹⁶ P. NICOLAIDES, *State aid rules and tax rulings*, in *ESTAL*, 3, 2016, p. 420.

come principio generale ma semplicemente alla circostanza che il metodo di calcolo del profitto previsto per i centri di coordinamento deviava dalla stessa normativa generale belga.

Tale punto è specialmente rilevante nella decisione nel caso Apple in quanto all'epoca dei fatti contestati l'Irlanda non aveva recepito nella propria normativa nazionale l'*arm's length principle*, a differenza di Olanda e Lussemburgo.

Alcuni autori ritengono che l'*arm's length principle* non possa essere invocato come una norma di diritto internazionale vincolante qualora non sia esplicitamente implementato a livello nazionale. Secondo tale tesi, le convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni, dove pure tale principio è previsto dall'art. 9, limitano l'esercizio delle potestà impositive al fine di evitare aggravii di tassazione, ma non possono essere utilizzate dalle amministrazioni nazionali per aggiustare i prezzi di trasferimento senza una normativa nazionale di riferimento²¹⁷.

Secondo un'altra tesi, invece, l'*arm's length principle* sarebbe un principio vincolante anche quando non sia implementato dalla normativa nazionale in quanto deve considerarsi fondato su una consuetudine di diritto internazionale²¹⁸.

Per quanto riguarda l'interpretazione del principio di libera concorrenza insito nell'articolo 107, paragrafo 1, del TFUE, la Commissione Europea afferma di poter fare riferimento alle linee guida OCSE sui prezzi di trasferimento giacché riflettono il consenso internazionale sui prezzi di trasferimento e forniscono

²¹⁷ AVI-YONAH - TINHAGA, *Unitary taxation and international tax rules*, ICTD working paper 26, 2014.

²¹⁸ TAVARES – BOGENSCHNEIDER - PANKIV, *The intersection of EU state aid and U.S. tax deferral: spectacle of fireworks, smoke and mirrors*, in *Florida tax review*, 3, 2016, p. 179.

alle amministrazioni fiscali e alle imprese multinazionali una metodologia di determinazione dei prezzi di trasferimento in grado di approssimare le condizioni di libero mercato²¹⁹.

Tuttavia, la Commissione non si considera vincolata dalle linee guida dell'OCSE nell'interpretazione del principio di libera concorrenza riconducibile all'art. 107 del TFUE. Esse, infatti, costituiscono uno strumento di *soft law*, come tale non vincolante.

La Commissione, del resto, è limitata dal fatto che non può rendere vincolanti le stesse linee guida, imponendole agli Stati membri per il tramite della normativa sugli aiuti di Stato. Questo comporta che, almeno in linea teorica, l'interpretazione dell'*arm's length principle* da parte della Commissione europea potrebbe essere diversa dall'interpretazione offerta dalle linee guida OCSE tant'è che secondo una certa dottrina la Commissione avrebbe di fatto sviluppato un vero e proprio *arm's length principle* europeo²²⁰.

A tale riguardo, la Commissione sostiene che "*se un accordo sui prezzi di trasferimento è in linea con le linee guida OCSE incluse le linee guida relative alla scelta del metodo più appropriato, è improbabile che dia luogo ad aiuti di Stato* »²²¹.

La Commissione europea riconosce, inoltre, che la determinazione dei prezzi di trasferimento non è una scienza esatta e che alcune variazioni sono inevitabili nella approssimazione delle condizioni di mercato.

²¹⁹ European Commission, *Notice on the Notion of State aid cit.*, par. 173.

²²⁰ In questo senso, cfr. TAFERNER - WOUDE - KUIPERS, *Tax Rulings: in line with OEC Transfer Pricing Guidelines but contrary to EU State aid rules?* in *European Taxation*, 2016, p. 139. Vedi anche BONNICI, *The European Commission's Arm's Length Standard: Relationship and Compatibility with the Arm's Length Principle under Transfer Pricing*, in *International Transfer Pricing Journal*, 2019 p. 58.

²²¹ European Commission, *Notice on the Notion of State aid cit.*, par. 173.

6. Analisi dei casi: le violazioni dell'*arm's length principle* riscontrate dalla Commissione Europea.

a) La scelta del metodo

Nelle proprie indagini, la Commissione ha posto l'attenzione sulla scelta del metodo sottolineando come alcuni dei metodi OCSE risultino essere più affidabili nella stima dei prezzi di mercato. Sembra essere questo il caso del metodo CUP che, come noto, stima i prezzi delle operazioni infragruppo attraverso un confronto diretto con i prezzi praticati sul mercato per gli stessi beni o servizi.

Nel caso *Starbucks*, per esempio, la Commissione europea ha sostenuto, tra l'altro, che l'accordo sottoscritto dalle autorità olandesi non fosse linea con l'*arm's length principle* perchè avallava l'utilizzo del TNMM quando era possibile effettuare un confronto di prezzo e quindi stimare le condizioni di mercato in maniera più affidabile, e con risultati completamente diversi, applicando il CUP²²².

Segnatamente, la Commissione ha esaminato un *tax ruling* ottenuto nel 2008 da Starbucks Manufacturing BV (SMBV) società costituita in Olanda per svolgere attività di torrefazione per conto del gruppo Starbucks. Nello specifico, SMBV risulta acquistare la materia prima (chicchi di caffè verde) dalla consociata svizzera Starbucks Coffee Trading. SMBV svolge l'attività di tostatura dei chicchi e vende il caffè torrefatto ai negozi. Nella propria attività di torrefazione, SMBV utilizza *intangibles* di proprietà della consociata inglese, Aliko LP, che risulta essere trasparente ai fini

²²² Decisione *Starbucks*, par. 299.

fiscali e priva di dipendenti, alla quale viene pagata una royalty. Il report di transfer pricing presentato da Starbucks ai fini dell'APA non descriveva tali *intangibles* in dettaglio, limitandosi ad una generica descrizione degli stessi come beni immateriali necessari al processo di torrefazione, in particolare collegati alle temperature e alle durate delle tostature.

L'amministrazione fiscale olandese aveva accettato l'applicazione del TNMM utilizzando un *mark up* compreso tra il 9% e il 12% sulle spese operative di SMBV, considerata la *tested party*. Nella base di costo erano state ricomprese le spese del personale dedicato alla produzione e alla *supply chain* e gli ammortamenti dei macchinari impiegati nella produzione. Non erano invece inclusi i costi delle materie prime (chicchi del caffè), i costi delle tazze, i costi di logistica e distribuzione, le royalty pagate alla consociata Aliko nonché i costi dell'attività di produzione esternalizzata a soggetti terzi.

Con l'applicazione di tale metodologia alla società olandese veniva garantita una remunerazione minima, c.d. profitto routinario (pari appunto al 9%-12% delle spese operative), mentre tutto il profitto residuo veniva assegnato ad Aliko LP sotto forma di royalty.

Nella propria decisione, la Commissione europea ha sostenuto che, invece del TNMM, avrebbe dovuto essere utilizzato il metodo del confronto del prezzo CUP²²³.

Infatti, nel corso dell'investigazione è emerso che Starbucks aveva in essere accordi di torrefazione con soggetti terzi indipendenti che avrebbero potuto essere utilizzati come comparabili per determinare la royalty da pagare ad Aliko LP.

²²³ Decisione *Starbucks*, par. 290.

Secondo la Commissione, atteso che dall'esame dei contratti comparabili emergeva che nessuna royalty veniva richiesta a terzi indipendenti per l'utilizzo degli *intangibles* nel processo di produzione di Starbucks, SMBV non avrebbe dovuto pagare nessuna royalty ad Aliko LP.

Per riassumere, a giudizio della Commissione, l'applicazione del CUP in luogo del TNMM avrebbe prodotto un'approssimazione del valore di mercato più attendibile con la conseguenza che il profitto tassabile in Olanda sarebbe dovuto essere nettamente superiore. Di conseguenza, accettando l'applicazione del TNMM, e di fatto accettando che tutto il profitto residuo fosse attribuito ad Aliko AL, l'amministrazione fiscale olandese ha violato l'*arm's length principle* e, per l'effetto, conferito un vantaggio selettivo a SMBV pari al minor profitto dichiarato in Olanda.

b) La scelta del profit level indicator

Nella decisione *FIAT* le contestazioni mosse dalla Commissione europea non hanno riguardato tanto la scelta del metodo quanto la metodologia con cui il metodo stesso era stato applicato.

Il caso riguardava un APA concesso dalle autorità Lussemburghesi a Fiat Finance and Trade (FFT), una società del gruppo Fiat residente in Lussemburgo.

Dalla descrizione dei fatti oggetto dell'investigazione emerge che FFT svolge l'attività di tesoreria per conto del gruppo FIAT. A tale fine, essa svolge funzioni di raccolta fondi dal mercato attraverso l'emissione di bond azionari e accensioni di mutui bancari. FFT impegna le liquidità per finanziare le società del gruppo a cui presta anche servizi di consulenza finanziaria.

L'APA emesso dalle autorità fiscali lussemburghesi, nell'arco di sole due settimane dalla presentazione della richiesta, avallava in toto sia il metodo TNMM sia la metodologia applicativa proposta dai rappresentanti di FFT. Quest'ultima utilizzava come base di calcolo il solo capitale asseritamente necessario per svolgere le funzioni di tesoreria anziché l'intero capitale della società.

La Commissione Europea, in questo caso, non ha contestato la scelta del TNMM come metodo per determinare la remunerazione dell'attività svolta, quanto piuttosto l'indicatore di rendimento utilizzato per calcolare la profittabilità di FFT. Tale indicatore, secondo la Commissione, era stato calcolato utilizzando sia una base di costo limitata (il capitale utilizzato) sia un tasso di remunerazione eccessivamente basso cosicché il profitto di FFT sarebbe stato sottostimato.

La Commissione reiterava il proprio ragionamento: atteso che la metodologia di calcolo utilizzata non è conforme all'*arm's length principle*, la profittabilità di FFT non è considerata in linea con la profittabilità che un terzo indipendente avrebbe conseguito a condizioni di mercato e che sarebbe stata sottoposta alla generale imposta sulle società lussemburghese. L'accordo sottoscritto dall'amministrazione lussemburghese ha pertanto conferito un vantaggio selettivo, pari al minor carico fiscale di FFT, che costituisce un aiuto di Stato.

c) *La scelta della tested party nei metodi one-side*

Un metodo di transfer pricing c.d. *one-sided* analizza a fondo le caratteristiche di una sola entità coinvolta nella transazione

infragruppo, che viene considerata la meno complessa e pertanto utilizzata come *tested party*.

I metodi *one-sided* sono adatti per la remunerazione delle attività meno complesse che vengono remunerate con un profitto routinario mentre l'extra profitto (o la perdita) viene assegnato di *default* alla società correlata.

I metodi *two-sided* presuppongono, invece, un esame approfondito di tutte le entità coinvolte nella transazione infragruppo a cui è assegnata, in ragione delle funzioni svolte, una parte dell'utile complessivo. Dei cinque metodi previsti dalle linee guida OCSE solo il c.d. *profit split* può essere considerato un metodo *two-sided*.

Nel working paper della DG Competition²²⁴ si sottolinea come i ruling basati su metodi *two-sided*, che analizzano quindi entrambe le entità della transazione abbiano meno probabilità di giungere a risultati non linea con i valori di mercato e, quindi, di essere considerati aiuti di stato.

Nel caso *excess profit* del Belgio, la Commissione ha esplicitato la propria preferenza per i metodi *two-sided*.

L'*excess profit* è un regime fiscale introdotto dal Belgio nel 2004 del quale hanno usufruito 55 società, secondo i dati forniti dalla stessa amministrazione fiscale belga.

In base a tale regime, le società che trasferivano in Belgio la propria sede legale, aumentavano i livelli produttivi o comunque contribuivano ad aumentare il livello occupazionale in Belgio potevano usufruire di un'esenzione fiscale da quantificarsi in accordo con l'amministrazione fiscale attraverso un ruling.

²²⁴ Commissione Europea, *DG Competition Working Paper on state aid and tax ruling cit.*, par. 20.

L'esenzione, secondo la legge belga, era giustificata dal fatto che il profitto iscritto a bilancio da una multinazionale sarebbe influenzato, a differenza di quanto avviene nell'impresa standalone, dalle sinergie di gruppo.

Attraverso un ruling le autorità belghe concedevano un *downward adjustment* alle società richiedenti che potevano dimostrare di avere aumentato i livelli occupazionali e/o di produzione in Belgio. È solo il caso di notare che tale *downward adjustment*, concesso unilateralmente dall'amministrazione belga per sterilizzare delle asserite sinergie di gruppo, non veniva in alcun modo comunicato alle altre amministrazioni europee, determinando di fatto una situazione di doppia non tassazione.

La variazione in diminuzione da attribuire alle asserite sinergie di gruppo veniva calcolata con un doppio utilizzo del TNMM.

Infatti, in una prima fase veniva fissata la remunerazione delle società del gruppo che ponevano in essere transazioni con la società belga. Quest'ultima veniva considerata il “*central entrepreneur*”, ossia il soggetto imprenditore complesso, pertanto il TNMM veniva applicato sulle società correlate. Essendo il TNMM un metodo unilaterale, le società correlate ricevevano una remunerazione routinaria mentre l'extraprofitto veniva attribuito alla società belga.

In una seconda fase, considerato che secondo il Belgio l'extraprofitto era riconducibile alle sinergie di gruppo da neutralizzare, il TNMM veniva applicato nuovamente alla sola società belga. Il profitto in eccesso rispetto alla remunerazione risultante dalla *benchmark* con società indipendenti *standalone* dava diritto ad una variazione in diminuzione del profitto iscritto a bilancio. Variazione che, come detto, non veniva comunicata alle

altre amministrazioni in quanto, secondo il Belgio, “*it is not up to the Belgian tax authorities to determine which foreign companies’ profit accounts must include the excess profit*”²²⁵.

Nella sua decisione, la Commissione europea ha evidenziato come la metodologia sopra descritta comportasse che entrambe le parti della transazione controllata venissero remunerate con un metodo unilaterale (il TNMM appunto). L'applicazione incoerente dei metodi unilaterali ad entrambe le parti della transazione generava un profitto non tassato.

Le argomentazioni della Commissione sono simili anche nel caso *Apple*: un metodo esclusivamente *one-side* non è in grado di cogliere l'*arm's length principle* specialmente quando non è supportato da un'approfondita analisi funzionale delle parti coinvolte nella transazione.

L'indagine europea in questo caso si è concentrata su due APA emessi dall'Irlanda rispettivamente nel 1991 e nel 2007 aventi ad oggetto la determinazione del profitto imponibile di due branches irlandesi appartenenti al gruppo Apple.

In particolare, i rulings riguardavano la remunerazione concordata dalle branch Apple Sales International (ASI), responsabile di coordinare gli acquisti e le vendite globali al di fuori del territorio degli Stati Uniti, e Apple Operations Europe (AOE), responsabile della fabbricazione di alcune linee di computer per il gruppo Apple.

Secondo la Commissione, la modalità di determinazione del profitto delle due branch avallata dai rulings non teneva conto

²²⁵ Decisione SA.37667 (2015/C) sul *Belgium excess profit exemption state aid scheme*, par. 63.

della realtà economica: la quasi totalità del profitto veniva internamente imputata alle “*head offices*”, due entità che esistevano solo sulla carta risultando prive di dipendenti e della struttura necessaria per svolgere qualsiasi operazione.

Le *head offices*, poi, non erano residenti, da un punto di vista fiscale, né in Irlanda né in nessuna altra giurisdizione, risultando di fatto entità apolide (*stateless*).

La legislazione fiscale irlandese consentiva, prima della modifica normativa “forzata” dall’Unione Europea, lo schema di pianificazione fiscale noto come “*double irish*”. Infatti, sotto la sezione 23A TCA 97, la legislazione irlandese considerava non residente ai fini fiscali le società considerate residenti in un’altra giurisdizione in applicazione dei trattati (c.d. *treaty exception*) e, soprattutto, le società controllate da un soggetto residente in un’altra giurisdizione (c.d. *relevant companies exception*). Per l’applicazione di quest’ultima esenzione, la normativa irlandese non richiedeva che le società fossero considerate residenti in un’altra giurisdizione, creando in tal modo *mismatch* con le normative fiscali delle principali giurisdizioni che, invece, seguono il criterio del luogo di costituzione per determinare la residenza fiscale.

In particolare, il *mismatch* tra la normativa irlandese (residenza fiscale avendo attribuita alla giurisdizione del soggetto controllante) e quella americana (residenza fiscale attribuita alla giurisdizione dove la società è registrata), facilitato da una normativa *CFC* americana particolarmente debole, creava una situazione di doppia non tassazione e consentiva alle multinazionali di esentare da ogni forma di imposizione reddituale i profitti registrati, ma non tassati, nelle branches irlandesi.

Nel ruling concesso ad ASI nel 1991 il profitto veniva calcolato adottando un metodo simile al TNMM e applicando un *mark up* del 12,5 % sulle spese operative escludendo dalla base di costo i materiali per la rivendita. Tutto l'extra-profitto veniva attribuito in tal modo alla *head office* che era controllata da un soggetto non residente e, pertanto, non veniva tassata in Irlanda (e, per effetto del *double irish*, da nessun'altra giurisdizione).

Nel 2007 il nuovo ruling concesso dalle autorità irlandesi rivedeva parzialmente la metodologia di calcolo, prevedendo che il mark up dovesse essere ricompreso tra il 10% e il 15% delle spese operative con esclusione dalla base dei costi ricevuti dalle società affiliate. Anche in questo caso, l'extra-profitto veniva retrocesso alla sede centrale.

Per quanto riguarda AOE, il ruling del 1991 prevedeva che l'utile netto venisse calcolato nella misura del 65% delle spese operative fino al limite massimo di 60-70 milioni di USD. Per la parte eccedente, la percentuale scendeva al 20%. Tra le spese operative venivano considerati gli ammortamenti ma erano esclusi i costi del materiale di rivendita e i costi ricaricati dalle affiliate a titolo di concorso negli *intangibles*.

La metodologia di calcolo veniva parzialmente rivista nel 2007 quando veniva accordato che il profitto della branch irlandese fosse calcolato sommando: (i) un mark up ricompreso tra il 10% e il 15% delle spese operative con esclusione dei costi per i materiali e dei costi intercompany; (ii) una percentuale compresa tra l'1 e il 5% del fatturato relativo a prodotti con tecnologia Apple; (iii) un'adeguata deduzione degli ammortamenti degli impianti e fabbricati.

In entrambi i casi, la metodologia di calcolo adottata non risulta essere stata supportata da nessuna documentazione di *transfer pricing* e le percentuali di redditività utilizzate sembrano il frutto di pura contrattazione più che di un'analisi di comparabilità.

Per la Commissione Europea, la redditività così determinata non rispecchiava la redditività che un soggetto terzo indipendente avrebbe negoziato a condizioni di libero mercato: remunerare con un *mark-up* le branches operative di ASI e AOE retrocedendo in tal modo tutto l'extra-profitto alle *head offices* (che come detto risultavano essere stateless) non è stato ritenuto in linea con l'*arm's length principle* in quanto le due *head offices* non erano in grado di svolgere nessuna funzione né di assumere rischi, non disponendo di personale e di alcuna struttura, dunque non potevano essere considerate contitolari degli *intangibles*.

L'impropria applicazione di un metodo *one-side* è stato l'argomento centrale anche nel caso *Amazon*²²⁶ ove la Commissione ha concluso che il metodo TNMM, utilizzato per determinare la transazione infra-gruppo di sub-licenza degli *intangibles*, sarebbe stato applicato sul soggetto sbagliato.

In particolare, il caso riguardava un ruling fiscale emesso nel 2004 dal Lussemburgo in favore del gruppo Amazon.

Dai fatti di causa emerge che il gruppo Amazon gestiva il proprio business europeo dal Lussemburgo attraverso due società ivi registrate, la LuxOpCo e la LuxSCS, entrambe controllate dalla casa madre americana. LuxSCS era una società in accomandita semplice del Lussemburgo e agiva esclusivamente come società holding degli *intangibles* impiegati nelle operazioni europee di

²²⁶ Commission Decision, C(2007) on State Aid SA. 38944 (Amazon final Decision, 4 ottobre 2017).

Amazon. LuxSCS risulta essere una società trasparente ai fini fiscali e pertanto non soggetta ad imposizione in Lussemburgo. LuxSCS deteneva gli *intangibles* in virtù di un *cost sharing agreement* concluso con la casa madre statunitense. Gli *intangibles* erano sub-licenziati a LuxOpCo dietro pagamento di una royalty il cui importo era stato concordato con il ruling oggetto di causa. LuxOpCo coordinava tutta l'attività di distribuzione europea e registrava i ricavi di tutte le vendite europee.

La royalty che LuxOpCo era tenuta a pagare a LuxSCS era determinata per differenza, dovendo essere garantito un profitto a LuxOpCo pari al minore dei valori tra (i) 4,5% delle spese operative europee e (ii) il totale del profitto operativo europeo. In ogni caso il totale del profitto di LuxOpCo non poteva essere inferiore allo 0,45% del totale ricavi europei (floor) o maggiore del 0,55% degli stessi ricavi totali (ceiling). La differenza tra il profitto così determinato e il profitto effettivamente registrato da LuxOpCo doveva essere corrisposta a titolo di royalty per l'utilizzo degli intangibili a LuxSCS.

Nella propria decisione, la Commissione ha concordato sul fatto che il TNMM fosse il metodo appropriato per determinare l'ammontare della royalty, vista anche la mancanza di contratti comparabili che rendevano inapplicabile in questo caso il metodo CUP. Tuttavia, secondo la Commissione, ancora una volta il TNMM era stato applicato "al rovescio", sulla *tested party* sbagliata. L'entità meno complessa da remunerare con profitto ordinario risultante dal TNMM doveva essere considerata la società LuxSCS. La mera detenzione degli *intangibles* da parte di una società priva di personale e struttura, come LuxSCS, non poteva giustificare l'attribuzione dell'extra-profitto ma semmai di

una remunerazione routinaria. Il TNMM avrebbe dovuto pertanto essere applicato sulla società LuxSCS con la conseguenza che quest'ultima sarebbe stata remunerata con una remunerazione routinaria mentre l'extra-profitto sarebbe rimasto nella società LuxOpCo.

8. Il principio della selettività e i transfer pricing rulings

Il requisito della selettività è stato uno degli aspetti più discussi e criticati delle decisioni della Commissione Europea concernenti i *tax rulings*²²⁷.

La selettività della misura costituisce un requisito fondamentale del concetto di aiuto di Stato. Ancorché una misura, attraverso l'impiego di risorse statali, attribuisca un vantaggio in grado di distorcere la concorrenza, essa non costituisce un aiuto di stato illegale se la stessa non integra il requisito della selettività²²⁸.

Misure di portata meramente generale che non favoriscono solo talune imprese o solo la produzione di determinati beni non rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 107, paragrafo 1, del TFUE²²⁹.

²²⁷ Vedi tra gli altri, TAFERNER – ANJA - KUIPERS, *Tax Rulings: In Line with OECD Transfer Pricing Guidelines, but Contrary to EU State Aid Rules?*, in *European Taxation*, 2016, pp. 134-144; ROBINS - SHAMSI, *European Commission's state aid calmpdown: the end of "selective" tax rulings?*, in *Derivates and Financial Instruments*, 2016 vol. 18 n.1; VERHAGEN, *State aid and tax rulings – an assessment of the selctvity criterio of article 107 of the TFEU in relation to recent Commission transfer pricing decision*, in *European taxation*, 2017 vol. 57 n. 7.

²²⁸ CISOTTA, *Criterion of Selectivity*, in *State Aid Law of the European Union*, in *Oxford University Press*, New York, 2016, pp. 129-151.

²²⁹ Vedi *Commission Notice on the notion of State aid*, 2016/C 261/01 par. 118.

La Corte di Giustizia ha tuttavia precisato che anche interventi i quali a prima vista sono applicabili alla generalità delle imprese possono presentare una certa selettività e, quindi, essere considerati come misure destinate a favorire talune imprese o talune produzioni²³⁰.

La selettività può essere materiale o geografica²³¹.

La selettività materiale di una misura implica che essa si applichi solo a determinate imprese o gruppi di imprese o a determinati settori dell'economia in un dato Stato membro. La selettività materiale può essere di diritto o di fatto.

La selettività materiale di diritto deriva direttamente dai criteri giuridici previsti dalla misura stessa, che viene riservata solo a talune imprese (ad esempio, imprese di una certa dimensione, operanti in alcuni settori, con una certa forma giuridica).

Si parla di selettività di fatto, invece, quando la misura è teoricamente aperta a tutte le imprese e non riservata per legge solo ad alcune di esse, tuttavia, a causa delle condizioni poste e delle barriere applicative, risulta di fatto impossibile per alcune imprese godere del beneficio.

La selettività geografica implica che la misura sia applicata solo a certe imprese su base geografica.

La selettività può altresì derivare anche dalla prassi amministrativa qualora la misura sia a prima vista generale ma la sua applicazione sia limitata dal potere discrezionale. Ad esempio, l'amministrazione fiscale potrebbe modificare le condizioni per la

²³⁰ Corte di giustizia, *DMTransport*, causa C-256/97, sentenza del 29 giugno 1999, punto 27.

²³¹ European Commission, *Notice on the Notion of State aid cit.*, par. 120.

concessione di un'agevolazione fiscale in base alle caratteristiche del progetto di investimento sottoposto alla sua valutazione. Analogamente, se l'amministrazione fiscale dispone di ampio potere discrezionale al fine di determinare i beneficiari e le condizioni della misura concessa sulla base di criteri estranei al sistema fiscale, come ad esempio il criterio del mantenimento dell'occupazione, l'esercizio di tale potere deve essere considerato idoneo a favorire “talune imprese o talune produzioni”²³².

La nozione di selettività presenta molti punti di contatto con quella di vantaggio ancorché sia separata ed autonoma. Al fine di determinare se una misura è selettiva o no, è necessario verificare se altri soggetti che versano in una situazione comparabile da un punto di vista giuridico e fattuale possano usufruirne o se, viceversa, ne siano esclusi.

Sebbene sia stato osservato che non esiste il test perfetto per valutare la selettività²³³, nella pratica è stato sviluppato un test che prevede la risposta a tre distinte domande:

- a. Qual è il sistema di riferimento?
- b. La misura devia dal sistema di riferimento?
- c. È la deviazione coerente con la logica e può essere giustificata sulla base della natura o della struttura generale del sistema di riferimento?

Il sistema di riferimento costituisce il parametro di riferimento nell'ambito del quale deve essere valutata la selettività di una misura.

²³² European Commission, *Notice on the Notion of State aid cit.*, par. 124.

²³³ MICHEAU, *Tax Selectivity in European Law of State Aid- Legal Assessment and Alternative Approaches*, University of Luxembourg Law Working Paper No. 06, 2014.

Il sistema consiste in un insieme di regole che si applicano a tutte le imprese che rientrano nel campo di applicazione. Nel caso delle imposte, il sistema di riferimento si basa su elementi quali la base imponibile, i soggetti passivi, l'evento imponibile e le aliquote fiscali²³⁴. La Corte di Giustizia ha individuato il sistema di riferimento nel sistema di imposizione del reddito delle società²³⁵ e nel sistema dell'IVA²³⁶.

Nelle decisioni sui tax rulings, la Commissione ha fatto riferimento alla giurisprudenza della Corte derivante dal caso *Paint Graphos*²³⁷ e utilizzato il sistema nazionale di imposizione sul reddito delle società come sistema di riferimento.

Una volta che il sistema di riferimento è stato determinato, il passo successivo dell'analisi consiste nell'esaminare se una data misura operi una distinzione tra imprese, in deroga a tale sistema. Al fine di stabilire se la misura attribuisca un vantaggio selettivo è infatti necessario effettuare un'analisi comparativa tra imprese che si trovano in situazioni di fatto e di diritto analoghe.

Nelle decisioni sui *tax rulings*, la Commissione, avendo a riferimento il sistema nazionale dell'imposta sulle società, ha comparato il trattamento ricevuto nel *tax ruling* dalla Società multinazionale con il trattamento normalmente applicabile alle

²³⁴ Notion of state aid, par. 132-134.

²³⁵ Corte di giustizia, *Paint Graphos e altri*, cause riunite C-78/08 a C-80/08, sentenza dell'8 settembre 2011, punto 50. In questo contesto, la Corte utilizza sia la locuzione «regime fiscale generale» (cfr. la sentenza della Corte di Giustizia del 22 giugno 2006, *Regno del Belgio e Forum 187/Commissione*, cause riunite C-182/03 e C-217/03, punto 95) sia quella di «regime fiscale di diritto comune» (cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 15 dicembre 2005, *Italia/Commissione*, causa C-66/02, punto 100).

²³⁶ Corte di giustizia, *Heiser*, causa C-172/03, sentenza del 3 marzo 2005, punti 40 ss.

²³⁷ Corte di Giustizia, *Paint Graphos e altri*, cause riunite C-78/08 e C-80/08, sentenza dell'8 settembre 2011, punto 49.

società c.d. *standalone* ossia quelle società che non fanno parte di un gruppo multinazionale. Secondo molti Autori²³⁸, le imprese *standalone* non si trovano in situazione di diritto e di fatto analoga ad un'entità appartenente a un gruppo multinazionale e la comparazione avrebbe dovuto avvenire con altre imprese beneficiarie dei *tax rulings* o, al più, con altre imprese appartenenti a gruppi multinazionali. Questo approccio molto ampio ha permesso alla Commissione di non dover esaminare le singole normative nazionali sul transfer pricing ma di fare riferimento al principio autonomo e generale di arm's length riferibile direttamente all'art. 107 TFUE.

Se una misura devia dal sistema di riferimento e attribuisce un vantaggio a certe imprese che si trovano in situazioni comparabili con altre, la misura è in linea di principio selettiva.

Come ultimo step dell'analisi vi è comunque la possibilità di provare che la misura, seppure selettiva, non costituisce un aiuto di stato illegittimo essendo giustificata dalla natura o dalla struttura generale del sistema di riferimento stesso.

Una misura è giustificata quando discende direttamente dai principi informatori o basilari inerenti al sistema di riferimento o quando è il risultato di meccanismi inerenti al sistema e necessari per il suo funzionamento e la sua efficacia. In generale, l'applicazione del terzo step e il riconoscimento di una giustificazione alla selettività è stato da sempre interpretato in

²³⁸ ROBINS - SHAMSI, *The European Commission's State aid clampdown: the end of "selective" tax rulings*, in *Derivates & Financial Instruments*, 2016 vol 18 n. 1; GORMSEN - LIZA LOVDAHL, *EU State Aid Law and Transfer Pricing: A Critical Introduction to a New Saga*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 7, 2016.

maniera restrittiva dalla Commissione e la giurisprudenza della Corte è scarsa sul punto.

7. La sentenza sul *Belgium excess profit*

Il primo caso collegato alle indagini della Commissione sugli accordi di transfer pricing affrontato dal Tribunale è il caso sul c.d. *excess profit* del Belgio.

A differenza delle altre investigazioni, in questo caso la Commissione non ha indagato un singolo *tax ruling* ma ha ritenuto che il regime belga sull'*excess profit* costituisse di per sé uno schema vietato di aiuto di Stato.

Con la sentenza *Kingdom of Belgium e Magnetrol International c. Commissione* il Tribunale, competente ad esaminare il ricorso in primo grado, ha annullato la decisione della Commissione ritenendo non provata l'esistenza dello schema di aiuto di Stato²³⁹.

La legge del 21 giugno 2004, emendando l'art. 92 del codice fiscale belga, aveva introdotto un regime particolare di tassazione per le transazioni cross-border tra società appartenenti ad un gruppo multinazionale. Secondo tale regime, come si è già avuto modo di accennare in precedenza, nell'ambito di una procedura di *tax ruling* parte del profitto dell'entità belga poteva essere esentato da tassazione in applicazione dell'*arm's length principle*. Secondo la norma, infatti, qualora la società belga fosse riconosciuta, nell'ambito del *tax ruling*, come *central enterprenur* del gruppo, il profitto registrato a bilancio andava ridotto in quanto inflazionato da sinergie di gruppo.

²³⁹ Tribunale dell'Unione Europea, *Kingdom of Belgium e Magnetrol International c. Commissione*, cause riunite T-131/16 e T-263/16, sentenza del 14 febbraio 2019.

La Commissione, dopo aver esaminato ventitré dei cinquantacinque *ruling*, anziché aprire decisioni su ciascuno di essi, ha ritenuto che il regime in sé costituisse uno schema di aiuto di stato.

Per la Commissione, il meccanismo con cui veniva determinato il *downward adjustment*, attraverso una doppia applicazione del TNMM, prima in capo alla società correlata e poi in capo alla società belga, costituiva una palese violazione dell'*arm's length* e conferiva un vantaggio selettivo ai beneficiari dei *tax rulings*. Secondo la Commissione, il comportamento sistematico dell'amministrazione fiscale belga, che nel concedere i *tax rulings* si limitava ad implementare quanto disposto nella circolare esplicativa della Legge 21 giugno 2004, costituiva la messa in pratica di uno schema di aiuto di stato basato direttamente sulla legge.

Secondo l'art. 1 del Regolamento 2015/1589, con schema di aiuto di stato si intende un qualsiasi atto sulla base del quale, senza bisogno di ulteriori misure implementative, viene attribuito un aiuto individuale ad un'impresa che si trova nelle condizioni descritte in modo generale e astratto nello stesso atto.

Secondo il Tribunale, il regime sull'*excess profit belga* non poteva essere qualificato come uno schema ai sensi dell'art. 1 del sopracitato regolamento in quanto l'amministrazione fiscale godeva di un margine di discrezionalità sia nel decidere l'ingresso al regime (subordinato alla creazione di nuovi posti di lavoro o comunque all'aumento dell'attività produttiva in Belgio) sia nel quantificare l'esenzione. Se l'amministrazione gode di tale margine di manovra significa che la misura necessita di "*further*

implementing measures” e quindi non può essere considerata di per sé uno schema²⁴⁰.

Nonostante il Tribunale non sia entrato nel merito della questione e non abbia affrontato le problematiche connesse all’applicazione dell’*arm’s length*, nella motivazione della sentenza sono comunque rintracciabili alcuni spunti interessanti.

Al par. 64, il Tribunale ha ribadito che la definizione del sistema fiscale e in particolare della base imponibile fiscale ricade nella competenza degli Stati membri. Cionondimeno, le misure che incidono sulla base imponibile sono suscettibili di essere esaminate alla luce dell’art. 107 del TFUE se sono discriminatorie o attribuiscono un vantaggio selettivo (par. 65).

8. Conclusioni preliminari.

Secondo la Commissione, l’*arm’s length principle*, nel contesto degli aiuti di stato, non deriverebbe né dall’art. 9 del Modello di Convenzione OCSE né dalle legislazioni nazionali ma sarebbe un principio di portata generale volto a garantire la parità di trattamento direttamente riconducibile all’art. 107 TFUE.

Ci si è chiesti se si possa parlare di un *arm’s length* specifico dell’UE, diverso dallo standard OCSE.

A parere dello scrivente la risposta è negativa. Anzi semmai è proprio la mancanza di un *arm’s length* UE che obbliga la Commissione a districarsi in un sottile equilibrismo tra la necessità di intervenire (doverosamente) per mettere un freno alla concorrenza fiscale dannosa e la mancanza di una appropriata base giuridica europea per poterlo fare con esiti coerenti tra loro.

²⁴⁰ *Ibidem*, par. 99 e 100.

Che l'*arm's length* sia un principio di portata generale insito nell'ordinamento, e volto a garantire la parità di trattamento, è una tesi ardita ma necessaria in mancanza di una codificazione europea del principio.

Tuttavia, l'interpretazione applicativa del principio offerta dalla Commissione non risulta essere diversa dallo standard OCSE. Infatti, sebbene la stessa Commissione abbia precisato di non essere vincolata al rispetto delle linee guida, nella sostanza ne fa un'applicazione ortodossa.

Nei casi esaminati, l'applicazione del principio e le analisi di transfer pricing svolte dalla Commissione appaiono corrette e assolutamente condivisibili.

A destare perplessità è semmai la funzione che viene attribuita al principio che appare snaturata.

Nel contesto degli aiuti di Stato, infatti, il principio non viene utilizzato per proteggere la base imponibile degli Stati membri o per prevenire le doppie imposizioni ma piuttosto per garantire la parità di trattamento degli operatori economici nel mercato interno a protezione della libera concorrenza²⁴¹.

Il principio è lo stesso ma la funzione originale di allocare la base imponibile tra gli Stati viene declinata per contrastare non solo l'elusione e la pianificazione fiscale aggressiva delle multinazionali ma anche per arginare la concorrenza fiscale dannosa tra gli Stati causata dalle misure adottate da quegli Stati che si rivelano "complici" delle multinazionali. Ma proprio perché

²⁴¹ P. J. WATTEL, *Stateless income, state aid and the (which) arm's length principle*, in *Intertax*, 2016 vol. 44, p. 791.

il principio resta lo stesso, le indagini della Commissioni contribuiscono a metterne a nudo i limiti.

La difficoltà di applicazione o meglio la grande discrezionalità che caratterizza l'applicazione del principio può essere sfruttata non solo dalle multinazionali ma anche dagli Stati per attrarre investimenti e favorire spostamenti artificiali di base imponibile.

CONCLUSIONI

*“I took one Draught of life.
I'll tell you what I paid:
precisely an existence.
The market price, they said.”*

Emily Dickinson²⁴²

Con questo lavoro ho cercato di valutare lo stato di salute del principio dell'*arm's length* e di rispondere alla domanda, *is it still fit for purpose?* Ho cercato, cioè, di analizzare se il principio possa essere ancora considerato un'adeguata regola di allocazione dei profitti nel contesto di un'economia diventata globale e digitalizzata.

A tal fine ho valutato l'*arm's length* sotto diversi aspetti.

Nel capitolo I ho analizzato le origini del principio che è stato creato per soddisfare la necessità di stabilire uno standard a livello internazionale da utilizzare come regola di ripartizione del profitto.

Tale principio scaturisce dalle conclusioni del Rapporto Carroll, l'avvocato americano che la Lega delle Nazioni incaricò nel 1930 di studiare la problematica dell'allocazione del profitto in modo approfondito e di effettuare una ricerca comparativa sui metodi di allocazione utilizzati dai vari Paesi.

²⁴² EMILY ELIZABETH DICKINSON, (December 10, 1830 – May 15, 1886), poeta, tratto da *I took one draught of life*.

Dalle conclusioni dello stesso Rapporto risulta che *l'arm's length* all'epoca non era previsto né dalle Convenzioni internazionali né dalle legislazioni nazionali ma, apparentemente, veniva utilizzato in alcune giurisdizioni come pratica amministrativa per controllare la veridicità del reddito dichiarato dalle stabili organizzazioni delle imprese che iniziavano ad operare oltreconfine.

Le conclusioni del Rapporto Carroll, indicando nell'utilizzo dell'approccio per entità separate (*separate entity approach*) il principio da preferire nella formulazione delle regole di ripartizioni delle basi imponibili, hanno mutato l'orientamento dei lavori condotti fino ad allora dalla Camera di Commercio Internazionale e dalla Lega delle Nazioni che, seppure ancora in fase embrionale, sembravano propendere per approcci basati su formule predefinite (*formulaic approach*).

Dall'analisi del Rapporto Carroll, e più in generale dei lavori condotti sul tema dalla Camera di Commercio Internazionale e dalla Lega delle Nazioni, non sono emersi riferimenti, se non minimi, all'elusione fiscale.

Appare chiaro, quindi, come il principio sia stato inizialmente concepito come regola di ripartizione del profitto pura e semplice e non come regola antielusiva.

L'approccio per entità separate su cui fonda *l'arm's length principle* è stato velocemente implementato dalla Lega delle Nazioni che lo ha incorporato come regola di ripartizione del profitto nel modello di convenzione del 1933.

L'arm's length, così come attualmente codificato nell'art. 9 del Modello di Convenzione OCSE presuppone una comparazione tra

le condizioni applicate nelle transazioni tra imprese associate con quelle che sarebbero state applicate tra parti terze indipendenti.

Nella sua essenza l'*arm's length principle* non è altro che una finzione legale. Infatti, l'architettura portante del principio si fonda sulla finzione che due entità giuridiche (che già di per sé sono una finzione legale) appartenenti allo stesso gruppo (un'altra finzione) siano trattate come entità separate che perseguono un loro proprio e indipendente interesse (un'altra finzione).

Secondo l'OCSE che, subentrando ai lavori inizialmente svolti dalla Lega delle Nazioni, ha avuto un ruolo cruciale nello sviluppo dell'*arm's length*, il principio in parola avrebbe notevoli vantaggi e sarebbe da preferire ai c.d. *formulaic approaches*.

Tra i vantaggi menzionati dall'OCSE, il fatto che le formule predeterminate sono arbitrarie e non in grado di riflettere al meglio la realtà economica della transazione sottostante²⁴³.

Inoltre, secondo l'OCSE, l'*arm's length* sarebbe in grado da un lato di assicurare l'equa ripartizione della base imponibile²⁴⁴, dall'altro il contrasto delle pratiche di arbitraggio fiscale evitando nel contempo il sorgere della doppia imposizione.

Tali affermazioni non sembrano più attuali.

A parere dello scrivente, infatti, il maggior vantaggio non detto, dell'*arm's length principle* è quello di essere un principio che muove da premesse teoriche apprezzabili (il tentativo di trattare in modo uguale le imprese multinazionali e le imprese *standalone*) ma, soprattutto, sufficientemente vaghe da essere accettate

²⁴³ Linee guida OCSE 2010, par. 1.25

²⁴⁴ Linee guida OCSE 2010, par. 1.26

politicamente a livello internazionale, rimettendo nel contempo la decisione finale ad un'analisi da effettuarsi caso per caso.

In questo modo, a differenza degli approcci basati su formule predeterminate, l'*arm's length* non determina né vinti né vincitori.

Tale vantaggio però rappresenta al contempo il limite stesso del principio.

Il rimettere la decisione al “caso per caso” costituisce una fonte d'incertezza ineliminabile neanche con la migliore delle analisi funzionali semplicemente, perché spesso le situazioni comparabili non esistono e, quando esistono, non sono mai perfette essendo la conseguenza di una serie di assunzioni critiche che per la loro natura discrezionale mal si conciliano con la certezza del diritto.

In questo senso è significativo il passaggio delle linee guida OCSE, richiamato in apertura del secondo capitolo di questo elaborato, che appare tranciante nell'affermare che il “*transfer pricing is not an exact science*”²⁴⁵.

Nel capitolo II si è cercato di descrivere come avviene applicato il principio e nel contempo si sono analizzati i limiti tanto di natura concettuale quanto di prassi applicativa che connotano l'*arm's length*.

Per quanto riguarda i problemi di natura concettuale si è sottolineato come il principio pare non tenere nella dovuta considerazione le c.d. sinergie di gruppo.

Le imprese multinazionali esistono proprio perché sono in grado di esercitare l'attività economica in maniera più efficiente rispetto alle piccole e medie imprese grazie allo sfruttamento delle sinergie di gruppo e dei conseguenti vantaggi. Un gruppo multinazionale

²⁴⁵ Linee Guida OCSE 2010, par. 1.13.

che accentri la funzione di acquisto, per esempio, può sfruttare i maggiori volumi di acquisto rispetto alla singola impresa per ottenere maggiori sconti commerciali con conseguente riduzione dei costi.

La natura dell'*arms' length*, che impone di considerare l'impresa affiliata come un'entità separata dal resto del gruppo, tende ad escludere perciò stesso la necessità di considerare e remunerare separatamente le sinergie di gruppo. Un'analisi di comparabilità che non tenga conto delle sinergie di gruppo appare quantomeno discutibile poiché, come detto pocanzi, è proprio questo uno dei vantaggi insiti nell'appartenenza a un gruppo multinazionale.

Un altro problema concettuale che emerge nell'applicazione dell'*arm's length principle* è collegato con le difficoltà riguardanti la determinazione, allocazione e remunerazione dei rischi d'impresa.

Le linee guida OCSE, da un lato, rilevano l'importanza di valutare i rischi nell'ambito dell'analisi funzionale, dall'altro, almeno fino alla versione del 2010, non forniscono chiare indicazioni su come allocare e soppesare i rischi stessi.

Tale esercizio di valutazione, già di per sé speculativo, è influenzato inevitabilmente dalle condizioni contrattuali liberamente stabilite dalle consociate. Non è un caso che i lavori BEPS sul *transfer pricing* abbiano dedicato particolare attenzione a questo punto con risultati però che, come sarà spiegato tra un attimo, appaiono abbastanza discutibili.

Nel corso del tempo l'*arm's length* si è dimostrato particolarmente inefficace riguardo alle problematiche connesse con i beni *intangibles*.

I beni *intangibles*, siano essi marchi, brevetti o know how sono diventati in un'economia moderna elementi fondamentali di creazione di valore.

Tuttavia tali beni, da un lato sono difficili da valutare (in alcuni casi addirittura possono essere difficili da individuare) dall'altro essendo ricchezza mobile sono facilmente spostabili e collocabili in giurisdizioni che garantiscono un trattamento fiscale favorevole.

È evidente come l'unicità che caratterizza ciascun *intangible* rende difficile trovare situazioni comparabili rendendo quantomeno difficile l'applicazione del principio.

La difficoltà di reperire informazioni in merito a possibili soggetti comparabili non è però limitata ai soli intangibles.

Questo perché, nonostante le linee guida favoriscono un'interpretazione ampia di comparabilità, nella maggior parte dei casi è impossibile valutare quanto le differenze, che inevitabilmente esistono tra la transazione in verifica e le transazioni tra parti indipendenti, incidano sulla determinazione dei prezzi.

Nella c.d. analisi di *benchmark*, in molti casi la ricerca dei comparabili è affidata alle banche dati la cui accuratezza e attendibilità delle informazioni dipende dai differenti obblighi informativi imposti dalle varie giurisdizioni. In molti Stati, per esempio, l'obbligo di pubblicare i bilanci non è generalizzato ma circoscritto ad imprese esercitate in determinate forme giuridiche con la conseguenza che le informazioni che si possono ricavare in certi mercati sono limitate.

Molto spesso poi, nonostante gli obblighi documentali imposti, le amministrazioni fiscali faticano ad accedere ai dati interni delle

stesse imprese in verifica e alle informazioni necessarie per esaminare le transazioni infragruppo.

Ma anche in presenza dei dati necessari, il problema che più di ogni altro pare limitare l'applicazione pratica dell'*arm's length principle* è connesso con la sua stessa complessità.

Ciascuno dei passaggi dell'analisi di *transfer pricing* comporta valutazioni discrezionali e assunzioni che, anche se mosse dalle più meritevoli intenzioni, possono essere contestate.

Si pensi, per esempio, alla scelta stessa del campione finale dei soggetti comparabili da cui dipende il *range* interquartile utilizzato per verificare la corrispondenza della transazione in verifica con l'*arm's length*.

Ebbene, chiunque abbia effettuato un'analisi di *benchmark* sa che, in molti casi, l'inclusione o l'esclusione di un soggetto nel campione di soggetti comparabili è frutto di valutazioni discrezionali.

La complessità, *rectius* la discrezionalità insita nell'applicazione del principio genera un'incertezza fiscale che, da un lato favorisce la pianificazione fiscale aggressiva dei grandi gruppi multinazionali, dall'altro, è causa di contenziosi tra le stesse amministrazioni fiscali che faticano a risolvere i casi di doppia imposizione.

Il problema della doppia imposizione, che scaturisce dalle rettifiche unilaterali dei prezzi di trasferimento, è un aspetto che non viene sottolineato abbastanza nella narrazione delle problematiche relative ai prezzi di trasferimento.

Non bisogna dimenticare, infatti, che i prezzi di trasferimento se da un lato possono essere manipolati per produrre *profit shifting*,

dall'altro costituiscono fonte d'incertezza e preoccupazione per quei contribuenti che vorrebbero semplicemente rispettare un principio che però faticano a declinare.

Ritengo che, per garantire maggiore certezza nell'utilizzo del principio, si dovrebbe incentivare un maggior utilizzo dei *safe harbours* nonché implementare strumenti di cooperazione amministrativa come gli accordi preventivi sui prezzi di trasferimento bilaterali, i *joint audits* o programmi di *risk assessment* congiunti.

Un maggior utilizzo dei *safe harbours*, ossia di presunzioni relative basate su parametri predefiniti, consentirebbe, specie nel caso di transazioni meno complesse o che coinvolgono piccole medie e imprese, di ridurre gli oneri amministrativi aumentando nel contempo la certezza fiscale.

A tal proposito va segnalato che l'OCSE, ancora nel 2013, ha approvato un *report*²⁴⁶ passato per lo più inosservato, in cui ha abbandonato l'iniziale diffidenza per tali strumenti che, prestabilendo di fatto dei parametri validi in ogni caso, erano stati inizialmente tacciati di non essere in linea con l'*arm's length principle*.

Ma è sulla cooperazione amministrativa che si dovrebbe puntare maggiormente, specie a livello europeo, se si vuole conservare il principio e nel contempo garantire maggiore certezza.

Gli APA, ossia gli accordi preventivi sui prezzi di trasferimento sono spesso indicati, specie se in forma bi-multilaterale, come la

²⁴⁶ Scaricabile dal sito:

<http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/Revised-Section-E-Safe-Harbours-TP-Guidelines.pdf>

panacea di tutti i mali quando si parla di transfer pricing. Il limite di questi strumenti però, specie se bilaterali, è rappresentato dai tempi biblici richiesti per la loro conclusione.

Alcuni Stati poi, sembrano utilizzare tali strumenti per attuare vere e proprie politiche fiscali concedendo, secondo la Commissione, aiuti di stato nel tentativo di attrarre investimenti. Va rilevato però, a scanso di equivoci, che lo strumento è in sé perfettamente lecito e senz'altro utile e l'uso distorto da parte di alcuni non può certo scalfire tale giudizio.

I *joint audits* e i programmi di *risk assessment* congiunti quali l'ICAP²⁴⁷ (*International Compliance Assurance Programme*) rappresentano la nuova frontiera della cooperazione amministrativa.

La finalità che accumuna questi istituti è quella di voler anticipare il confronto tra le amministrazioni fiscali al fine di prevenire il sorgere della doppia imposizione. Ritengo che un'analisi congiunta dei fatti, e ancor prima dei rischi fiscali, sia fondamentale per ridurre il rischio che differenti interpretazioni dello stesso principio conducano a una doppia imposizione.

Anche in questo caso il limite delle procedure è rappresentato dalle scarse risorse a disposizione delle amministrazioni che non né consentono (ancora) un utilizzo diffuso.

A livello europeo, la Commissione dovrebbe assumere un ruolo più attivo nel coordinare ed incentivare l'utilizzo di tali strumenti nella speranza che un giorno, che ad oggi sembra ancora lontano, possa essere creata un'unica amministrazione fiscale Europea.

²⁴⁷ Cfr: <http://www.oecd.org/tax/forum-on-tax-administration/international-compliance-assurance-programme.htm>

Il progetto BEPS, analizzato nel capitolo III, di certo non ha contribuito ad aumentare la certezza dell'*arms' length principle*.

L'obiettivo del progetto BEPS è stato quello di allineare potestà impositiva e creazione del valore al fine di assicurare che il profitto sia tassato dalla giurisdizione in cui sono svolte le attività economiche che creano il valore.

Anche i lavori BEPS dedicati al *transfer pricing* sono stati orientati a tal fine.

Nell'ottica BEPS, infatti, le maggiori modifiche apportate alle linee guida possono essere riassunte nel tentativo di allineare i rischi con le funzioni necessarie per il loro controllo; il profitto degli *intangibles* con le funzioni necessarie al loro sviluppo; la delineazione della transazione in funzione della reale condotta delle parti.

Se le modifiche alle linee guida OCSE proposte dai report BEPS saranno in grado di raggiungere gli obiettivi prefissati è ancora presto per dirlo, quel che è certo, fin da ora, è che la complessità dell'*arms length principle* è sicuramente aumentata.

Infatti, le modifiche BEPS richiedono un maggior livello di dettaglio nell'analisi dei fatti.

Nel delineare le transazioni, in un'era post BEPS, tanto i contribuenti quanto le amministrazioni finanziarie non devono più limitarsi alle disposizioni contrattuali ma dovranno spingersi fino a comprendere la reale condotta delle parti.

In particolare, l'analisi di *transfer pricing* dovrà concentrarsi sui rischi al fine di verificare se all'assunzione contrattuale corrisponda l'effettiva capacità gestionale e finanziaria degli stessi.

Non solo, verificato che l'impresa ha la capacità di assumere le decisioni rilevanti della gestione dei rischi, è ora necessario escludere la compartecipazione di altre imprese associate nella gestione del rischio perché in caso contrario tale compartecipazione dovrebbe essere remunerata.

Le nuove disposizioni di *risks recharacterisation*, dettate dalla volontà di contrastare le operazioni elusive e il *profit shifting*, sono apprezzabili da un punto di vista puramente teorico ma a livello pratico comportano delle difficoltà applicative difficilmente gestibili.

Come valutare, soppesare e di conseguenza remunerare concretamente i rischi all'interno di un'analisi di *transfer pricing* rimane, per chi scrive, un mistero che di certo le linee guida non aiutano a chiarire.

I report BEPS impongono ora di porre ancora più attenzione nell'analisi di comparabilità anche tra le transazioni in verifica e le transazioni tra parti indipendenti.

In particolare, viene ora richiesto un maggior livello di dettaglio nell'analisi funzionale non solo della *tested party*, di cui deve essere valorizzata la reale condotta, ma anche delle entità indipendenti potenzialmente comparabili.

Analisi funzionale che, come sopra ricordato, dovrà necessariamente approfondire anche i rischi assunti dalla *tested party* e dalle entità indipendenti.

Anche in questo caso le modifiche appaiono condivisibili da un punto di vista teorico ma rischiano di trasformare la ricerca dei comparabili, già di per sé complicata, in una sorta di ricerca del Santo Graal di difficile attuazione.

Le cose non sono certamente meno complesse con riguardo alla nuova disciplina sugli *intangibles*.

Secondo i nuovi orientamenti è necessario identificare in dettaglio la natura degli *intangibles* e il contributo economico apportato al loro sviluppo da tutte le entità del gruppo prescindendo, se del caso, dalla mera proprietà legale.

Nel caso di trasferimento di beni *intangibles hard to value* (definizione è già di per sé poco chiara) sarà, poi, necessario confrontare la valutazione effettuata al momento del trasferimento con una valutazione *ex post*. Nel caso in cui emergano divergenze tra le due valutazioni sarà possibile effettuare un aggiustamento nel caso in cui il contribuente non sia in grado di spiegarne i motivi.

Tutte le modifiche sopra menzionate sono state chiaramente introdotte nell'ottica di contrastare le pratiche di *Base Erosion and Profit Shifting*.

Ritengo che tali modifiche abbiano appesantito l'*arms length principle* con una connotazione fortemente antielusiva che, come visto nel capitolo I, il principio non aveva al momento della sua nascita.

L'aggiunta di queste nuove complessità, a un principio, *l'arm's length*, che già di per sé era complicato, può avere un qualche merito dal punto di vista teorico, ma dal punto di vista pratico rende il principio difficile se non impossibile da governare e pare destinata ad alzare il livello di conflittualità non solo tra amministrazioni fiscali e contribuente, ma anche tra amministrazioni fiscali stesse.

Nei capitoli IV e V ho analizzato il principio in una prospettiva Europea.

In particolare ho dedicato il capitolo IV allo studio della relazione “conflittuale” tra *l’arm’s length principle* e le libertà di circolazione garantite dal trattato.

L’arm’s length principle, ancorché’ adottato in tutte le legislazioni nazionali degli Stati membri, non risulta codificato, o perlomeno definito in modo esplicito, all’interno di alcuna disposizione di diritto europeo.

A livello unionale, l’interpretazione e l’implementazione del principio è avvenuta per lo più in via di *soft law* grazie ai lavori del *Joint Transfer Pricing Forum*.

Ritengo che la codificazione del principio all’interno di una direttiva europea sarebbe quanto mai opportuna per almeno due ordini di motivi.

Innanzitutto, una direttiva favorirebbe un’applicazione armonizzata del principio a livello europeo. Armonizzazione applicativa del principio che, va detto, non potrebbe divergere nella sostanza da quanto concordato a livello internazionale ed esplicitato nelle linee guida OCSE. Ciò al fine di evitare il rischio che divergenze applicative producano doppia imposizione nelle transazioni con Paesi non europei.

Una direttiva Europea sull’*arm’s length principle* avrebbe comunque il vantaggio di forzare gli stati membri al rispetto del principio. Le linee guida OCSE così come i lavori del *Joint Transfer Pricing Forum* si traducano in mere raccomandazioni di *soft law* che troppo spesso nella prassi operativa sono disattese dagli Stati Membri.

In secondo luogo, una codificazione potrebbe, forse, evitare il paradosso di considerare il principio causa di discriminazione nel contesto delle libertà di circolazione.

Come esaminato nel capitolo IV, infatti, tanto nella sentenza *SGI* quanto nella sentenza *Hornbach*, la Corte di Giustizia ha ritenuto che una normativa nazionale di *transfer pricing* che imponga il rispetto dell'*arm's length principle* solo alle transazioni *cross-border* e non anche alle transazioni interne sia discriminatoria in quanto idonea a restringere la libertà di stabilimento garantita dal trattato.

La Corte è giunta a tali conclusioni ritenendo comparabili le transazioni *cross-border* e le transazioni meramente nazionali non curante del fatto che l'*arm's length* è, come detto, una regola di allocazione del profitto e come tale ha senso solo se applicata alle transazioni *cross-border*.

I prezzi di trasferimento delle transazioni interne, che pure potrebbero essere manipolati per conseguire vantaggi fiscali (si pensi, per esempio, al *recapture* delle perdite), non costituiscono un pericolo di fuoriuscita di base imponibile dalla giurisdizione dello Stato.

La valorizzazione della funzione di ripartizione della base imponibile del principio dovrebbe escludere alla radice la possibilità di ritenere comparabili le transazioni *cross-border* e le transazioni interne con la conseguenza che le normative di *transfer pricing* non dovrebbero essere considerate discriminatorie perché impongono il rispetto dell'*arm's length* solo alle prime.

La Corte di Giustizia, invece, sembra valorizzare maggiormente la funzione antielusiva del principio.

Infatti, dopo aver decretato che le normative così costruite sono discriminatorie, si affretta a precisare che la restrizione può essere giustificata da interessi superiori rimanendo però ondivaga tra la scelta dell'interesse all'equa ripartizione delle basi imponibili e il contrasto all'elusione.

Nell'applicare il test di proporzionalità la Corte applica però lo schema tipico delle normative antielusive per concludere che le normative di *transfer pricing*, che impongono il rispetto dell'*arm's length* solo alle transazioni *cross-border*, sono da considerarsi restrittive ma giustificate nella misura in cui il contribuente sia messo nella condizione di derogare all'*arm's length* in presenza di valide ragioni economiche.

Tali conclusioni generano un cortocircuito logico che rischia di svuotare di significato il principio che, così come formulato nell'art. 9 del modello di Convenzione OCSE, impone la rettifica delle transazioni non in linea con l'*arm's length* a prescindere dalle ragioni economiche sottostanti.

Ciò a maggior ragione se, come sembra suggerire la Corte, tra le ragioni economiche potesse essere fatto valere l'interesse di gruppo che potrebbe essere sempre invocato per giustificare gli scostamenti dall'*arm's length*.

L'unico modo di allineare le conclusioni della Corte con una corretta interpretazione del principio è ricondurre la necessità di valorizzare le ragioni economiche nel solco dell'analisi di comparabilità enfatizzando come queste siano un fattore di comparabilità da valutare a monte nella determinazione dell'*arm's length* e non a valle per giustificarne gli scostamenti.

In definitiva neanche la giurisprudenza della Corte di Giustizia aiuta a chiarire l'interpretazione del principio ma, anzi, ne alimenta la complessità.

Nel capitolo V si è, invece, analizzata la relazione dell'*arm's length* con la disciplina degli aiuti di Stato.

Secondo la Commissione, l'*arm's length principle*, nel contesto degli aiuti di stato, non deriverebbe né dall'art. 9 del Modello di Convenzione OCSE né dalle legislazioni nazionali ma sarebbe un principio di portata generale volto a garantire la parità di trattamento direttamente riconducibile all'art. 107 TFUE.

Tale assunto sembra quanto mai ardito, ma è determinato dalla necessità di trovare un sistema legale di riferimento in mancanza di una codificazione europea del principio a cui si è in precedenza fatto riferimento.

In tal modo, però, si attribuisce una nuova e diversa funzione al principio.

Nel contesto degli aiuti di Stato, infatti, il principio non viene utilizzato per proteggere la base imponibile degli Stati membri o per prevenire le doppie imposizioni ma piuttosto per garantire la parità di trattamento degli operatori economici nel mercato interno a protezione della libera concorrenza.

In tal modo il principio viene piegato per contrastare la concorrenza fiscale dannosa tra Stati che si rendono "complici" dei gruppi multinazionali concedono loro trattamenti fiscali di favore favorendo gli schemi di elusione fiscale nel tentativo di attrarre investimenti.

Nelle proprie decisioni poi, la Commissione Europea alimenta ulteriormente l'incertezza laddove afferma di non essere vincolata

dal rispetto delle linee guida OCSE nella determinazione dell'*arm's length*.

Ci si è chiesti a tal proposito se si possa parlare di un *arm's length* EU diverso dallo standard OCSE.

A parere dello scrivente la risposta è negativa.

Ritengo che semmai è proprio la mancanza di un *arm's length* europeo, *rectius* di una direttiva europea sul principio, che obbliga la Commissione a districarsi in un sottile equilibrismo tra la necessità di intervenire (giustamente) per mettere un freno alla concorrenza fiscale dannosa e la mancanza di una appropriata base giuridica per farlo.

Tuttavia, nelle proprie decisioni la Commissione fa un'applicazione ortodossa del principio e delle linee guida OCSE.

In definitiva, a conclusione di questa analisi, ritengo che l'*arm's length principle* non godi di buona salute.

Il principio è nato come regola di ripartizione del profitto ma è stato impregnato nel corso del tempo da una connotazione antielusiva che lo rende difficile da maneggiare in un'economia diventata globale e digitalizzata.

Non è un caso che, proprio mentre mi accingo a concludere questo lavoro, l'OCSE ha pubblicato un nuovo documento di discussione²⁴⁸ nel quale, per risolvere le problematiche connesse con la digitalizzazione dell'economia propone, per la prima volta, di esplorare soluzioni che vadano *beyond the arm's length principle*.

²⁴⁸ documento consultabile al sito: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>

In che modo queste proposte saranno implementate e se riceveranno il consenso politico necessario è tutto da vedere.

BIBLIOGRAFIA

AMATUCCI F., *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padova, 2003

AVI-YONAH - BENSHALOM, *Formulary Apportionment – Myths and Prospects* in World Tax Journal ottobre 2011

AVI-YONAH, *Between Formulary Apportionment and the OECD Guidelines: A Proposal for Reconciliation*, in World Tax Journal gennaio 2010

BIZZIOLO G. in DI PIETRO-TASSANI (a cura di), *I principi europei del diritto tributario*, Padova 2014

BIZZIOLO G. in SACCHETTO (a cura di), *Principi di diritto Tributario europeo e internazionale*, 2011

BONNICI, *The European Commission's Arm's Length Standard: Relationship and Compatibility with the Arm's Length Principle under Transfer Pricing*, in International Transfer Pricing Journal, 2019

BORIA P., *Diritto Tributario Europeo*, Giuffr , 2017

CARROLL, *Taxation of Foreign and National Enterprises* (CARROLL REPORT), League of Nations Document No. C. 425. M. 217(b). IIA, 1933.

CISOTTA, *Criterion of Selectivity, in State Aid Law of the European Union*, in Oxford University Press, New York, 2016

CLAVIN, *Securing the world economy: the reinvention of the League of Nations 1920-1946*, Oxford University Press, 2013

COLLIER - ANDRUS, *Transfer pricing and the arm's length principle after BEPS*, Oxford University Press, 2017

CORDEIRO GUERRA R, *Diritto Tributario Internazionale. Istituzioni*, Cedam 2016.

DANIELE L, *Diritto del mercato unico europeo*, 2005

DI PIETRO – MONDINI, *Aiuti di stato fiscali e giurisdizioni nazionali*, Bologna, 2015

GAMBARINO, *Manuale di Tassazione Internazionale*, Milano, 2008

GUTMANN – HINNEKEN, *The Lankhorst-Hohorst case. The ECJ finds german thin capitalization rules incompatible with freedom of establishment*, in EC Tax Review, n. 2/2003

GRAPPIOLO, *La valutazione delle misure fiscali di vantaggio: il ruolo della commissione e degli organi giudiziari nazionali*, in *Aiuti di Stato e Giurisdizioni Nazionali: problemi attuali*, Bologna, 2015

GONZALEZ, *State aid and tax competition: comments on the European Commission's decisions on transfer pricing rulings*, in *European State aid Law Quarterly (ESTAL)*, 2016

HELLERSTEIN, *Formulary apportionment in the EU and the USA: a comparative perspective*, in *International Bureau of fiscal documentation*, 2013

JOGARAJAN, *Double taxation and the League of Nations*, Cambridge University Press, 2018

ISENBAERT, *EC Law and the Sovereignty of the Member States in Direct Taxation*, IBFD Doctoral Series 19 (2010)

LANG, STORCK, PETRUZZI *Transfer Pricing in a post-BEPS world*, 2016

LIZA LOVDAHL, *EU State Aid Law and Transfer Pricing: A Critical Introduction to a New Saga*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 7, 2016

MAISTO G., *Le interrelazioni tra “diritto tributario comunitario” e “diritto tributario internazionale”*, in *Rivista di diritto tributario*, n.11, 2006

MARTIN JIMENEZ A., *Transfer pricing and EU law following ECJ Judgement in SGI: some thoughts on controversial issues*, in *Bulletin for International Taxation*, 2010

MICHEAU, *Tax Selectivity in European Law of State Aid- Legal Assessment and Alternative Approaches*, University of Luxembourg Law Working Paper No. 06, 2014.

MICHEAU, *Fundamental freedoms and State aid rules under EU law: the example of taxation*, in *ET*, 2017

MUSSELLI - MUSSELLI, *Transfer pricing*, Milano, il Sole 24 ore, 2012

NICOLAIDES P., *State aid rules and tax rulings*, in *ESTAL*, 3, 2016

KAUFMAN, *Fairness and the Taxation of International Income*, 1998

KORNER, *The ECJ's Lankhorst-Hohorst Judgment: incompatibility of thin capitalization rules with European law and further consequences*, in *Intertax*, 2003

PETRUZZI R., S BURIK, *Freedom of establishment and transfer pricing threats for EU single Market*, in *International Transfer Pricing Journal*, 2018

PETRUZZI R., *Transfer Pricing and EU law: the effects of the SGI on Thin Cap GLO*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2013

PISTONE P. *Diritto Tributario Internazionale*, Giappichelli 2017

PISTONE P., *Diritto Tributario Europeo*, Giappichelli 2018

ROIN, *Can the income tax base be saved? The promised pitfalls of adopting unitary formulary apportionment*, in *Tax Law Review* n. 61 2008

ROSSI MACCANICO, *Il caso Lankhorst-Honorst ed il vecchio e nuovo dibattito in tema di regole di thin capitalization nel sistema internazionale di tassazione dei redditi*, in *Fisco*, 2002, fasc. 48

SADIQ, *Unitary Taxation – The Case for Global Formulary Apportionment*, in *International Bureau of Fiscal Documentation*, gennaio 2001

SCHLER M.L., “*The arm's length standard after Altera and BEPS*” in *Tax Notes* 2015 fasc. 30

SCHÖN W., *Transfer Pricing, the arm's length standard and European Union Law*, in *Working Paper of the Max Planck Institute for tax law and public finance*, 25 settembre 2011

SCHÖN W. , *Tax Legislation and the Notion of Fiscal State Aid: a review of 5 years of European Jurisprudence* in RICHELLE/SCHON/TRAVERSA, *State Aid Law and Business Taxation*, Springer, 2016

SELIGMAN, *Essays in Taxation*, Macmillan, 1895

TAFERNER - WOUDE - KUIPERS, *Tax Rulings: in line with OECD Transfer Pricing Guidelines but contrary to EU State aid rules?*, in *European Taxation*, 2016,

TAVARES – BOGENSCHNEIDER - PANKIV, *The intersection of EU state aid and U.S. tax deferral: spectacle of fireworks, smoke and mirrors*, in Florida tax review, 3, 2016

TERRA – WATTEL, *European Tax Law*, sesta edizione, 2012

TESAURO G, *Diritto comunitario*, Padova, 2003

TRIVELLIN M, *Studi sugli strumenti di soluzione delle controversie fiscali internazionali. Con particolare riguardo al transfer pricing*, Giapichelli, 2018

UCKMAR V., *Diritto Tributario Internazionali*, Cedam, 2005

VANISTENDAEL F., *Are the EU and U.S. headed for a tax war?*, in Tax Notes International (19 settembre 2016)

VALENTE P., *Analisi di comparabilità nel transfer pricing*, Milano Ipsoa 2013

VALENTE P., *Thin capitalization, principi della Corte di Giustizia e riforme in alcuni Stati membri*, in Fisco, n. 7/2004

VERHAGEN, *State aid and tax rulings – an assessment of the selectivity criterion of article 107 of the TFEU in relation to recent Commission transfer pricing decision*, in European taxation, 2017 vol. 57 n. 7

VOGEL, *Worldwide vs. Source Taxation of Income A-review and Re-evaluation of Arguments* in Intertax, 1988

WATTEL J., *State aid and business taxation*, Richelle, 2016

WATTEL J., *Stateless income, state aid and the (which) arm's length principle*, in Intertax, 2016 vol. 44, p. 791

RINGRAZIAMENTI

Questo lavoro nasce dalla voglia di migliorarmi e completare la mia conoscenza “pratica”, appresa sul campo in tanti anni di lavoro all’Agenzia delle Entrate, con uno studio piu’ approfondito della “teoria” della disciplina del transfer pricing.

Un po’ come il muratore che studia per diventare architetto.

Mi è costato tanta fatica: ho scritto parti di questo elaborato seduto su uno scomodo sedile Ryanair durante innumerevoli viaggi Treviso-Bruxelles dove, da qualche tempo, mi sono trasferito per inseguire un sogno: contribuire a costruire l’Unione Europea.

A conclusione di questo lungo percorso desidero ringraziare sentitamente il prof. Andrea Mondini per i suoi insegnamenti, la pazienza che ha avuto con me e il tempo prezioso che ha voluto concedermi.

Vorrei ringraziare, inoltre, i miei giovani e validi compagni di dottorato, Federica, Carmine, Paolo per le chiacchierate lungo il pezzo di strada che abbiamo fatto insieme, nella speranza che l’Università italiana sappia riconoscerne e valorizzare il merito.

La conclusione di questo lavoro, pero’, non sarebbe stata mai possibile senza gli incoraggiamenti e il supporto di Giulia, la mia roccia e compagna di vita che da qualche mese mi ha regalato Elena Sofia, la nostra piccola bambina. Spero che la sofferenza per il tempo che ho dovuto sottrarvi sia, almeno in parte, sopito dalla soddisfazione per il raggiungimento di questo risultato.

Voglio cogliere questa occasione per ringraziare i miei genitori, tutto quello che sono lo devo a loro. Spero di riuscire a trasmettere i vostri insegnamenti a mia figlia.

Desidero inoltre ringraziare per il sostegno i colleghi di DG Taxud. In particolare la dott.ssa Ioanna Mitroyanni per avere condiviso con me la sua visione “oxfordiana” del diritto tributario e il dott. Savino Rua per le chiacchierate sulle “tasse” da uomini della strada e molto spesso sulla strada. Entrambi mi avete arricchito.

Last but not least, voglio ringraziare dal profondo del cuore la dott.ssa Federica Bardini per l’aiuto non scontato, e per questo piu’ apprezzato, nella realizzazione di questo elaborato. Grazie.